Der Einredebegriff

nach dem B. G. B.

und sein Verhältnis zum Anfechtungsbegriff

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Hohen Juristenfakultät

der

Grossherzoglich Mecklenburgischen Landes-Universität

zu

ROSTOCK

AGAD.
BIBL.

vorgelegt von

MARTIN FELS,

Referendar.

Berlin 1903.

Liebheit & Thiesen, C., Niederwallstr. 15.

Meinen lieben Eltern.

LITERATUR-VERZEICHNIS.

1. Bucerius, W.: Erörterungen der Begriffe exceptio, Einrede und Einwendung etc. Göttinger Preisschrift.
2. Bekker: System des Pandektenrechts. Band II. 1886.
3. Cosack: Lehrbuch des deutschen Bürgerlichen Rechts. Allgemeiner Teil. 3. Auflage. 1900.
4. Crome: System des Bürgerlichen Rechts. Allgemeiner Teil. 1900.
5. Dernburg: Pandekten. Band I. 6. Auflage. 1900.
6. Dernburg: Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preussens. I. Band.
7. Endemann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Allgemeiner Teil. 8. Auflage.
8. Engelmann: Das Bürgerliche Recht Deutschlands. 2. Auflage. 1900.
9. Enneccerus: Das Bürgerliche Recht. I. Band. 2. Auflage.
10. Fischer: Recht und Rechtsschutz. Heft VI von Bekkers und Fischers Beiträgen. 1899.
11. Friedenthal: Einwendung und Einrede in der C. P. O. und dem B. G. B. 1898.
12. Geier: Der Begriff der Einrede nach B. G. B. 1901. Jenaer Dissertation.
13. Groeben, Kurt von der: Der Einredebegriff nach dem B. G. B. und sein Verhältnis zum Anfechtungsbegriff. 1903. Rostocker Dissertation.
14. Hellwig: Anspruch und Klagerecht. 1900.
15. Hellwig: Lehrbuch des Deutschen Civilprozessrechts. Buch I. 1903.
16. Heymann: Das Vorschützen der Verjährung. 1895.
17. Hölder: Kommentar des B. G. B. Allgemeiner Teil. 1900.
18. Hölder: „Anspruch und Klagerecht“ in Busch's Zeitschrift für Deutschen Civilprozess etc. Band 29 (1901), S. 50 ff.
19. Hölder: Ueber das Klagerecht. Dekanatsprogramm. Leipzig 1903.
20. Jhering: Geist des römischen Rechts. Band III. 4. Aufl. 1888.
21. Lenel: Ueber Ursprung und Wirkung der Exzeptionen.
22. Leonhard: Der allgemeine Teil des B. G. B. 1900.
23. Matthiass: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Band I. 3. Auflage. 1900.

24. Motive zu dem E. I eines B. G. B., Band I: Allgemeiner Teil.
25. Motive zu dem E. I eines B. G. B., Band II: R. d. Schuldverhältnisse.
26. Motive zu dem E. I eines B. G. B., Band III: Sachenrecht.
27. Planck: Kommentar zum B. G. B. Einleitung und allgemeiner Teil.
28. Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des B. G. B. I.
29. Regelsberger: Pandekten. Band I. 1893.
30. Rehbein: Das B. G. B. mit Erläuterungen. Allgemeiner Teil. 1899.
31. Savigny: System des heutigen römischen Rechts. Band V.
32. Schlottmann: Die Anfechtbarkeit nach römischem Recht und dem B. G. B.
33. Scherer: Kommentar zum allgemeinen Teil des B. G. B. 1898.
34. Schmidt: Lehrbuch des Civilprozessrechts.
35. Schwartz: Absolute Rechtskraft und heutiges deutsches Recht.
36. Suppes, E.: Der Einredebegriff des B. G. B. Leipziger Dissertation. 1902.
37. Sohm: Institutionen. 1899.
38. Thon: Rechtsnorm und subjektives Recht. 1878.
39. Wendt, O.: Unterlassungen und Versäumnisse im Bürgerlichen Recht. 1901.
40. Windscheid: Lehrbuch des Pandektenrechts. I. Band. 4. Aufl.
41. Windscheid: Die actio des römischen Civilrechts.
42. Zitelmann: Internationales Privatrecht. II. Teil.
43. Zitelmann: Das Recht des B. G. B. Allgemeiner Teil. 1900.

INHALT.

§ 1. Einleitung: Der Gang der Arbeit.

I. Teil. Subjektives Recht, Anspruch und Gegenrecht.

§ 2. Der Begriff des subjektiven Rechts.

§ 3. Anspruch und Zwangsbefugnis.

§ 4. Das Gegenrecht.

II. Teil. Einrede und Anfechtung.

§ 5. Kurzer Ueberblick über die Geschichte des Einredebegriffs.

§ 6. Die positiven Bestimmungen des B. G. B. über die Einrede.

§ 7. Die Einrede (Leistungsverweigerungsrecht) als Gegenrecht.

§ 8. Einrede und Anspruch.

§ 9. Wirkung der Geltendmachung der Einrede.

§ 10. Form und Voraussetzungen der Einredeausübung.

§ 11. Die Einrede im Prozess.

§ 12. Die Einrede als Recht des rechtlichen Könnens und als subjektives Recht.

§ 13. Das Verhältnis des Einredebegriffs zum Anfechtungsbegriff.

§ 1.

Einleitung: Der Gang der Arbeit.

Bei der Anordnung des Stoffes der vorliegenden Abhandlung konnte der Verfasser in doppelter Weise verfahren:

Einmal war die Möglichkeit gegeben, sofort in medias res einzutreten, d. h., mit den Erörterungen über den Einredebegriff und sein Verhältnis zum Anfechtungsbegriff zu beginnen, die unerlässlichen Ausführungen über die allgemeinen Rechtsbegriffe, zu denen Einrede wie Anfechtung in Beziehung stehen, aber an den Stellen einzuschieben, wo gerade von dieser Beziehung die Rede sein musste.

Der zweite Weg, der offen stand, führte von den allgemeinen Begriffen zu den speziellen, die den Gegenstand dieser Arbeit bilden. Diesen hat der Verfasser einschlagen zu sollen geglaubt, da er ihm im Hinblick auf die Möglichkeit einer zusammenhängenden Darstellung den Vorzug zu verdienen schien.

Demgemäss war die Arbeit in zwei Hauptabschnitte einzuteilen, von denen der erste sich mit den allgemeinen Begriffen des subjektiven Rechts, des Anspruchs und des Gegenrechts zu beschäftigen hatte, während dem zweiten die Aufgabe zufiel, auf der so geschaffenen, sicheren Grundlage den Begriff der Einrede nach B. G. B. zu entwickeln und zu dem Begriff der Anfechtung in Beziehung zu setzen.

I. Teil.

Subjektives Recht, Anspruch und Gegenrecht.

§ 2.

Der Begriff des subjektiven Rechts.

Die Notwendigkeit eines kurzen Eingehens auf den Begriff des subjektiven Rechts ergibt sich aus folgenden Erwägungen:

1. Die Frage ist zu beantworten, ob wir in der Einrede im Sinne des B. G.-B. überhaupt ein subjektives Recht vor uns haben.

2. Das subjektive Recht liegt dem Anspruche zu Grunde, und dieser ist es, zu dem, wie sich später ergeben wird, die Einrede

a) den Gegensatz bildet, und zu dem sie
b) in nahe gegnerische Beziehung tritt.

Besonders der letzte Umstand lässt es angemessen erscheinen, schon hier den Begriff des subjektiven Rechts und daran anschliessend den des Anspruchs zu erörtern.

I. Zwei ältere Definitionen des Begriffs „subjektives Recht" stehen sich gegenüber:

1. Recht im subjektiven Sinne ist von der Rechtsordnung verliehene Willensmacht oder Willensherrschaft konkreten Inhalts (Windscheid)[1].

2. Rechte sind rechtlich geschützte Interessen (Jhering)[2].

Ad 1. Windscheid[3] erläutert seine Begriffsbestimmung dahin, dass er sie nicht auf ein reales Wollen, sondern auf den Willensinhalt, auf das, was gewollt werden dürfe, abgestellt wissen wolle. Anderseits betont er aber, dass

[1] Pandekten I, S. 91.
[2] Geist des römischen Rechts III, § 60/61.
[3] A. a. O. Anm. 2.

der Wille es sei, dem das Recht (im objektiven Sinne) seinen Schutz angedeihen lasse.

Zahlreiche Einwendungen sind ihm gemacht worden:

a) Windscheid folge antiker, griechischer Anschauung, wenn er in seiner Definition den Staat, die Rechtsordnung als das Primäre erscheinen lasse, das das subjektive Recht erst erschaffe. Die moderne, germanischen Ideen folgende Auffassung sehe das Individuum als das zunächst Gegebene an, dessen „Anteil an den Lebensgütern" von der Rechtsordnung „anerkannt und gewährleistet" werde. (So Dernburg.)[1])

b) Die Rechtsordnung schütze das subjektive Recht unabhängig von einem Wollenkönnen des Berechtigten durch seine verbietenden und gebietenden Normen: Z. B. der Willensunfähige gelte als rechtsfähig unabhängig davon, ob ihm ein Vertreter im Willen bestellt sei oder nicht. Da es hier an einem „Wollenkönnen" mangle, könne auch nicht der Wille das von der Rechtsordnung Geschützte sein.

Diesem Einwurf Thons[2]) ist u. E. beizustimmen. Bezeichnet doch Windscheid selbst besser das subjektive Recht als das „Wollendürfen" eines bestimmten Willensinhalts.

c) Das „Wollendürfen" bezeichne das Nichtverbotensein des Wollens, ohne aber das Gewollte zu gewährleisten; gerade in der Unterstützung, die der Staat dem Berechtigten leihe, liege aber ein wesentliches Merkmal des subjektiven Rechts. Auch diese Kritik Lenels[3]) und Thons[4]) erscheint dem Verfasser gerechtfertigt.

Ad 2. Durchaus gegen die Windscheidsche Definition

[1]) Das Bürgerl. Recht d. Deutschen Reichs u. Preussens, B. I, S. 104. Dernburgs Definition des subjektiven Rechts als „eines Anteils an den Lebensgütern, welchen der allgemeine Wille als einer Person zukommend anerkennt und ihr gewährleistet", ähnelt der oben wiedergegebenen Jheringschen.

[2]) Rechtsnorm und subjektives Recht, S. 220.

[3]) Ueber Ursprung und Wirkung der Exzeptionen, S. 4.

[4]) A. a. O. S. 221 f.

wendet sich Jhering.[1]) Die Bestandteile seiner Begriffsbestimmung sind nur der in der Rechtsordnung zum Ausdruck kommende Staatswille („rechtlich geschützte") und das „substantielle Moment des Rechts" („Interessen"). Es fehlt in ihr vollständig das Element des privaten Wollens.

Hierin liegt nach Jherings Meinung eine Korrektur der Windscheidschen Ansicht, die es übersehe, dass man auch dem Willensunfähigen Rechte zuschreibe.

Von den Gegnern der Jheringschen Definition wird folgendes mit Recht betont:

a) Von Windscheid in Abwehr des Jheringschen Angriffs, dass ja der Willensunfähige eine von der Rechtsordnung als ausreichend anerkannte Willensvertretung geniesse. Diese könne doch auch Jhering nicht entbehren, da er dem Willensunfähigen das Recht, zu klagen (durch Vermittelung des Vertreters), nicht abspreche.[2])

b) Das „Interesse" ist der blosse Zweck des Rechts, das Recht — das Mittel zu diesem Zwecke. Deshalb gehört es nicht zum Inhalt des subjektiven Rechts. Die obige Jheringsche Definition befindet sich in Zwiespalt mit andern Sätzen, die sich bei demselben Schriftsteller finden, das subjektive Recht aber als „Mittel" qualifizieren, z. B.:

„Recht ist die rechtliche Sicherheit des Genusses", ist „Selbstschutz des Interesses".

3. Der Verfasser möchte sich einer dritten, neueren Ansicht anschliessen, die den älteren einzelne Elemente entnimmt, andere verwirft und einige hinzufügt.

a) Das subjektive Recht ist ein Mittel des Schutzes, an dem beteiligt sind:

α) der Staatswille, der sich unabhängig von dem Willen des Geschützten in Wirksamkeit befindet, diesem

[1]) A. a. O.

[2]) Ungeachtet der Berechtigung dieses Einwandes ist es nicht weniger richtig, dass auch der vertreterlose Willensunfähige nichtsdestoweniger Subjekt von Rechten ist, dass daher auch der Wille nicht das von der Rechtsordnung Geschützte sein kann.

deshalb aber, für sich allein betrachtet, noch nicht ein Recht gibt, das er als das „seine“ bezeichnen könnte:[1])

α_1) durch seine gebietenden und verbietenden Normen;

α_2) durch die Gewährung von Ansprüchen, die sich an den Willen des Gegners wenden;[2])

α_3) durch die Gewährung einer Zwangsbefugnis, die gegen den Willen des Gegners durchgesetzt wird;[3])

α_4) durch Rechtshilfe zur Durchsetzung dieser Zwangsbefugnis.

β) Der Wille des Berechtigten (bezw. seines von der Rechtsordnung anerkannten Vertreters), dessen Mitwirkung das Recht erst zu seinem eigenen, subjektiven macht:

β_1) durch Inwirksamkeitsetzen des Anspruchs;

β_2) durch Inwirksamkeitsetzen der Zwangsbefugnis.[4])

b) In der Definition des subjektiven Rechts ist u. E. auch sein Zweck aufzunehmen,[5]) aber eben als Zweck, nicht als Inhalt des subjektiven Rechts,[6]) ebenso wie der Begriff „Gartenzaun“[7]) als „Stabwerk zum Schutze eines Gartens“ bestimmt werden müsste.

Jherings „Interesse“ = Geniessen als Zweck des subjektiven Rechts wird aber erst dadurch zu einem Kriterium desselben, dass es vom Staate als schutzwürdig anerkannt

---

[1]) Thon, a. a. O., S. 175 ff., S. 217 f.

[2]) Dies im Anschluss an Lenel, a. a. O., S. 7. S. darüber auch weiter unten im nächsten Paragraphen.

[3]) Wie zu 2.

[4]) Die Rechte zum Erwerbe und zur Uebertragung eines Rechts gehören nicht zum Inhalt des letzteren, fallen vielmehr unter den Begriff der „Befugnisse“ oder „Rechte des rechtlichen Könnens“ Ebenso Thon, S. 217, u. VII, S. 325 ff.

[5]) Gegen Windscheid a. a. O. und Thon a. a. O., S. 220.

[6]) Gegen Jhering a. a. O.

[7]) Siehe Thon a. a. O., S. 219.

wird, denn nur ein so geartetes Geniessen kann auf keine andere Weise erreicht werden als eben durch das Schutzmittel des subjektiven Rechts. Als Kriterium verdient aber das vom Staate als schutzwürdig anerkannte Interesse eine Stelle in unserer Definition.

Von hier aus können wir auch zu der Frage Stellung nehmen, ob das Geniessen des geschützten Gutes Ausübung des subjektiven Rechts bedeute. Der Verfasser möchte den Satz aussprechen, dass, wo ein Zweck[1]) nur erreicht werden kann durch ein bestimmtes Mittel,[2]) das Erreichen dieses Zwecks auch eine „Ausübung" des Mittels darstellt, wofern man das Wort „Ausübung" nicht allzu eng auslegen will.[3])

Durch diese unsere Fassung wird auch die Harmonie unserer Begriffsbestimmung mit der Ausdrucksweise des B. G. B. in den §§ 226, 1029, 1059 hergestellt.

Wenn wir nun, abgesehen von dem zuletzt unter b) Ausgeführten, im übrigen der Thonschen Begriffsbestimmung folgen wollten, so müssten wir definieren, wie folgt:

Das subjektive Recht ist ein Mittel zum Schutze von als schutzwürdig vom Staate anerkannten Interessen, an welchem beteiligt sind

a) der Staatswille durch seine Normen und durch Gewährung von Ansprüchen, Zwangsbefugnissen und Rechtshilfe,

b) der Privatwille durch Inwirksamkeitsetzen der Ansprüche und Zwangsbefugnisse.

Es will uns aber scheinen, als ob diese Definition, in dem sie Formen aufzählt, in denen der Wille des Staats und der Privatwille tätig wird, statt einer Hervorhebung des Wesentlichen eine Erläuterung unseres Begriffs durch Beispiele gebe. Für eine solche ist aber in einer Definition kein Raum. Es genügt vielmehr, zu betonen, dass Staats-

[1]) Hier das als schutzwürdig anerkannte Geniessen des Gutes.
[2]) Hier das Schutzmittel des subjektiven Rechts.
[3]) A. M. Thon a. a. O., VI, S. 288 ff.

wille und Privatwille zusammenwirken, um das vom Staat als schutzwürdig anerkannte Interesse zu schirmen. Normenschutz, Ansprüche, Zwangsbefugnisse und Rechtshilfe, die Geltendmachung der Ansprüche wie der Gebrauch der Zwangsbefugnisse durch den Berechtigten können fehlen, ohne dass wir das Vorliegen eines subjektiven Rechts leugnen müssten, wofern nur der private wie der staatliche Wille in irgend einer Weise tätig wird. Diese allgemeinere Fassung unseres Begriffs ermöglicht es uns, auch die Befugnisse oder „Rechte des rechtlichen Könnens", von denen weiter unten in § 4, No. 1 die Rede sein wird, unter ihn zu subsumieren. Bei ihnen beschränkt sich nämlich, wie noch auszuführen sein wird, die Tätigkeit des Staatswillens auf die Gewährung eben der Befugnisse, während der Privatwille, indem er sich ihrer bedient, ohne weitere Hilfe durch Normenschutz oder Ansprüche eine rechtliche Wirkung hervorbringt. Hiernach wäre also das subjektive Recht zu bestimmen als ein Mittel zum Schutze von als schutzwürdig vom Staate anerkannten Interessen, an dem a) der Staatswille, b) der Privatwille beteiligt ist.

Leider lässt sich nun nicht verkennen, dass das B. G. B., wenn es auch den Begriff des subjektiven Rechts nicht ausdrücklich bestimmt, von einer anderen Ansicht ausgeht, als der, welche der Verfasser als die ihm theoretisch am begründetsten erscheinende vertritt.

Aus § 903[1]) geht zweifellos hervor, dass das B. G. B. das Geniessen des Gutes zum Inhalt des Rechts rechnet.[2]) Das zeigt sich auch darin, dass das B. G. B. im Anschluss an die schon im gemeinen Recht herrschende Meinung das dingliche Recht als das unmittelbare Recht an der Sache auffasst,[3]) während die vom Verfasser vertretene Lenel-

[1]) Der Eigentümer einer Sache kann . . . . . mit der Sache nach Belieben verfahren . . . . .

[2]) Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts I, S. 60, Anm. 5, nennt es die positive Seite des Rechtsinhalts.

[3]) B. G. B. § 1821, Nr. 1; vergl. auch Motive III, S. 2: „Das Wesen der Dinglichkeit liegt in der unmittelbaren Macht der Person über die Sache."

Thonsche Auffassung des subjektiven Rechts dazu gelangt, das Wesen des dinglichen Rechts in der Allgemeinheit des Normenschutzes gegen einen unbestimmten Kreis zu erblicken, eine unmittelbare rechtliche Macht über die Sache aber zu verwerfen, da die der Rechtsordnung zu Gebote stehenden Mittel nur in „Gebot an und Zwang gegen Personen“ (Lenel) bestehen.[1])

Will man die Grundlage des Gesetzbuches daher nicht verlassen, so ist man genötigt, die Auffassung des B. G. B. zu adoptieren. Wir werden unsere Definition also dahin abändern müssen:

Das subjektive Recht ist als schutzwürdig vom Staate anerkanntes Interesse, an dessen Schutz a) der Staatswille, b) der Privatwille beteiligt sind.

[1]) Lenel a. a. O., S. 11 ff.; Thon a. a. O., S. 161 und VI. §§ 5—8.

§ 3.

Anspruch und Zwangsbefugnis.

In diesem Paragraphen soll auf den Begriff des Anspruchs näher eingegangen werden. Dies machen die engen Beziehungen, die zwischen Anspruch und Einrede bestehen (vergl. den vorigen Paragraphen), erforderlich.

Der Ausdruck „Anspruch" ist zuerst von Wächter[1]) gebraucht worden und verdankt seine Ausbildung und weitere Verbreitung Windscheid.[2]) Dieser setzte ihn an die Stelle von „Klagerecht" und stellte ihn in Parallele mit der römischen actio.

Wie dieses Wort, wird auch „Anspruch" in zwei Bedeutungen gebraucht: einer prozessualen[3]) und einer materiellen. Für uns kommt nur die letztere in Betracht, in welcher Anpruch „das Recht, anzusprechen" bezeichnet.

Das B. G. B. gibt uns eine Legaldefinition des Begriffes:

Anspruch ist „das Recht, von einem Anderen ein Tun oder ein Unterlassen zu verlangen". (§ 194, I.)

Der Anspruch ist also

1. das Recht zu verlangen,
2. von einem Anderen zu verlangen,
3. ein Tun oder ein Unterlassen zu verlangen.

Ad 1. a) Dem Rechte zu verlangen muss auf Seiten des Anspruchsgegners eine Rechtspflicht, dem Verlangen stattzugeben, entsprechen; das Wesen des Anspruchs ist es

[1]) Zitiert bei Endemann a. a. O., S. 451, Anm. 45.

[2]) Die Actio des röm. Civilrechts, S. 5, S. 223.

[3]) Aus § 253, I, No. 2 C. P. O. geht hervor, dass nach der C. P. O. jeder Klage, also auch solchen, die nicht auf eine Leistung gehen, ein Anspruch zugrunde liegt.

also, dass er sich an den Willen des Gegners wendet. Dieser Umstand war es ja auch, der Windscheid bewog, den Ausdruck „Klagerecht“ durch „Anspruch“ zu ersetzen.[1])

Erst wenn der Appell an den Willen erfolglos geblieben ist, greift der Berechtigte zu der ihm vom Staate gewährten Zwangsbefugnis, dem Klagerecht, das sich wider den Willen des Gegners mit staatlicher Rechtshilfe durchsetzt. Von den meisten Schriftstellern wird diese Zwangsbefugnis als eine Seite des Anspruchs betrachtet, die aber nur unter Umständen in Wirksamkeit tritt, so von Thon, der sie sogar als die „vornehmlichste Form des Anspruchs“[2]) fasst, und von Hölder, der behauptet, im Begriffe des Anspruchs liege seine Durchsetzbarkeit. „Ohne diese wäre er nicht, wie ihn § 194 B. G. B. nennt, ein Recht, etwas zu verlangen“.[3]) Der Verfasser glaubt aber, sich Lenel anschliessen zu müssen, der die Scheidung von Anspruch und Zwangsbefugnis durchführt.[4]) Für das römische Recht gelangt dieser allerdings zu dem Satze: „Wo keine actio, da auch kein Anspruch“,[5]) so dass hier nichts dem entgegenstände, das Klagerecht als Seite des Anspruchs zu betrachten. Da wir aber mit Leonhard, Rehbein u. a. für das Recht des B. G. B. auch „klaglose“ Ansprüche, d. h. solche, bei denen die Möglichkeit einer Klage ausgeschlossen erscheint, annehmen zu müssen glauben, sind wir zu der theoretischen Scheidung von Anspruch und Zwangsbefugnis genötigt. Den Ansprnch als das Recht, jetzt oder nach Eintritt der Fälligkeit eine Leistung zu verlangen, und das Klagerecht als das Recht, einen Anspruch im Wege

[1]) Die Verletzung meines Eigentums erzeugt also für mich nicht ein Klagerecht, sondern ein Recht, die Wiederaufhebung der Verletzung zu fordern und dieses Forderungsrecht (=Anspruch) „gestaltet sich dadurch, dass seine Befriedigung verweigert wird, zum Klagerecht“ („actio, S. 222).

[2]) A. a. O., V, S. 228.

[3]) „Anspruch und Klagerecht“ in der Busch'schen Zeitschrift für Deutschen Civilprozess, S. 51.

[4]) A. a. O., S. 4 ff.

[5]) A. a. O., S. 9.

des Civilprozesses geltend zu machen, will auch Hellwig [1]) auseinandergehalten wissen.

Wenn nun auch hiernach die sogenannten „klaglosen Ansprüche“ als Ansprüche bezeichnet werden dürfen, obgleich ihre gerichtliche Geltendmachung nicht möglich und auch nicht erforderlich ist (die klaglosen Ansprüche werden ja, wie noch weiter unten auszuführen sein wird, [2]) bei ihrem Entstehen sofort befriedigt), so ist doch darauf hinzuweisen, dass überall da, wo gerichtliche Geltendmachung notwendig werden kann, sie auch jetzt oder später möglich sein muss, wenn von einem „Anspruche“ als dem Recht, jetzt oder später eine Leistung zu verlangen, soll gesprochen werden können.

Was bisher für die gerichtliche Geltendmachung ausgeführt worden ist, gilt aber unseres Erachtens in gleicher Weise auch für die aussergerichtliche Anforderung. Auch sie kommt bei den klaglosen Ansprüchen nicht in Betracht, muss aber bei allen übrigen Ansprüchen als eine zu Recht erfolgende jetzt oder später vorgenommen werden können.

Die Möglichkeit der aussergerichtlichen, wie der gerichtlichen Geltendmachung des Anspruchs, nicht nur, wie Hellwig [3]) für die aufschiebenden Einreden anzunehmen scheint, das Klagrecht, ist es nun, die durch die Geltendmachung der Einrede zeitweise oder dauernd dem Anspruch entzogen wird. Diese Wirkung der Einrede wird im weiteren Verlaufe dieser Abhandlung als „Hemmung des Anspruchs“, nämlich in seiner Geltendmachung, bezeichnet werden.

b) Einige Autoren stellen noch das besondere Erfordernis auf, dass das Verlangen ein präsentes [4]) sein müsse. Sie fügen der Begriffsbestimmung des § 194 noch ein „sofort“ hinzu, interpretieren damit aber nach des Verfassers Ansicht zu willkürlich. Aus dem Wortlaut des

[1]) Lehrbuch des Deutschen Civilprozessrechts, S. 218 ff.
[2]) S. diesen Paragraphen unter ad 3, 2, a.
[3]) A. a. O., S. 256 Anm. 58.
[4]) Crome, a. a. O., S. 509.

§ 194 heraus lässt sich die Ergänzung jedenfalls nicht rechtfertigen; von einer andern Seite her kann man allerdings dazu gelangen, sie vorzunehmen:

Es ist dies die Auffassung, die man von den Geschäften mit Anfangstermin nach B. G. B. hat. Der erste Entwurf zum B. G. B. machte in § 141 die ausdrückliche Unterscheidung zwischen solchen Rechtsgeschäften, bei denen die rechtliche Wirkung des Geschäfts erst mit dem Anfangstermin eintreten soll, und solchen, bei denen die rechtliche Wirkung des Geschäfts sofort eintritt, so dass nur deren Geltendmachung auf den Anfangstermin hinausgeschoben ist. Diese Regelung entspricht dem von Windscheid [1]) behaupteten Unterschied zwischen „befristeten“ und „betagten“ Forderungen.

Das B. G. B. in seiner endgültigen Fassung spricht nun aber in § 163 nur noch von dem Anfangstermin für die Wirkung eines Rechtsgeschäfts, indem es die Rechtssätze über die Bedingung für auf ihn anwendbar erklärt. Diese Bestimmung wird nun in der Wissenschaft verschieden aufgefasst. Von manchen wird nämlich behauptet, dass die Unterscheidung, die § 141 des Entwurfs ausdrücklich macht, auch noch für das B. G. B. aufrecht zu erhalten sei, und dass § 163 nur deshalb die „befristeten“ Rechtsgeschäfte allein regle, weil diese allein einer besonderen Normierung, nämlich der Gleichstellung mit den bedingten Geschäften, bedürften. Andre Schriftsteller hingegen bestreiten, dass noch nach B. G. B eine solche Differenzierung gerechtfertigt sei.

Wir glauben nun, dass Endemann beizustimmen sei, wenn er [2]) ausführt, dass der § 163 nicht als exklusiv gemeint gelten kann. Es stehen vielmehr auch nach B. G. B. den Rechtsgeschäften mit dies für Entstehung des Anspruchs diejenigen mit dies für Erfüllung desselben gegenüber. [3]) Bei den ersteren ist vor dem Eintritt des

[1]) Pandekten, Band I, § 96, Anm. 5.

[2]) A. a. O. S. 390, Anm. 9.

[3]) So Rehbein, Das B. G. B. mit Erläuterungen I, S. 240 f., III.

Termins überhaupt noch kein Anspruch vorhanden; bei den letzteren entsteht der Anspruch schon mit dem Abschluss des Geschäfts, er erlangt seine Fälligkeit aber erst in dem durch das Geschäft vorgesehenen Zeitpunkt, vorher ist ein nichtfälliger Anspruch vorhanden. Von manchen Schriftstellern, besonders von Hölder, wird nun bestritten, dass die Annahme nichtfälliger Ansprüche nach B. G. B. berechtigt sei. Diese sind es auch, die für den Anspruchsbegriff das Erfordernis des „präsenten" Verlangens aufstellen. Sie müssen sich aber, um ihre Ansicht aufrechtzuerhalten, über zwei Bestimmungen des B. G. B. hinwegsetzen, aus denen sich u. E. ergibt, dass das Gesetzbuch nichtfällige Ansprüche kennt. Einmal nämlich spricht § 273 B. G. B. von „fälligen Ansprüchen". Angesichts dieses Sprachgebrauchs hiesse es doch, wie Geier [1]) richtig bemerkt, dem Gesetz einen groben Pleonasmus vorwerfen, wollte man nicht auch nichtfällige Ansprüche annehmen. [2]) Dagegen sind alle Folgerungen, die Hellwig [3]) und andere [4]) an den Sprachgebrauch der §§ 271 72 und 813, II knüpfen, hinfällig. Das folgt schon aus unsern Ausführungen in der Anmerkung 2. Ferner aber spricht das Gesetzbuch in

[1]) A. a. O., S. 20.

[2]) Die Ausführungen Hölders (Ueber das Klagerecht, I. Teil, S. 34 f.) sind u. E. nur zum Teil stichhaltig, nämlich nur, soweit sie sich gegen die Folgerungen wenden, die an den sprachlichen Ausdruck „nichtfällige Ansprüche" geknüpft werden. Man darf nämlich der Kürze des Ausdrucks halber sehr wohl von „nichtfälligen Ansprüchen" in derselben Weise sprechen, wie man von hölzernen Tieren, von gemalten Landschaften zu sprechen pflegt. Wie man aber die Wendungen „natürliche Tiere" oder „natürliche Landschaften" nur da gebrauchen dürfte, wo gleichzeitig von künstlichen Tieren oder Landschaften, die in Wirklichkeit überhaupt keine Tiere oder Landschaften sind, die Rede ist, ebenso ist es demjenigen, der die nichtfälligen Ansprüche leugnet, nur da erlaubt, von „fälligen Ansprüchen" zu sprechen, wo kurz vorher oder kurz nachher auch der Ausdruck „nichtfällige Ansprüche", der in Wirklichkeit Nichtansprüche bezeichnet, gebraucht wird. Dies letzte ist aber in § 273 nicht der Fall.

[3]) Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts, S. 217 f.

[4]) Z. B. Endemann, a. a. O., S. 390. Anm. 9.

§ 765, II auch von „bedingten Verbindlichkeiten“ und führt diese besonders neben den künftigen Verbindlichkeiten an. Aus dieser ausdrücklichen Erwähnung der bedingten Verbindlichkeiten neben den künftigen geht aber hervor, dass nach dem B. G. B. bei bedingten Rechtsgeschäften auch schon vor dem Eintritt der Bedingung, d. h. vor der Entstehung des Anspruchs (§ 158, I), eine Verbindlichkeit, eine obligatio vorhanden ist. Das gleiche gilt dann natürlich auch von dem Rechtsgeschäft mit Anfangstermin für Entstehung des Anspruchs. Das Vorhandensein einer Verbindlichkeit vor Eintritt des Termins zeigt sich bei diesen z. B. darin, dass das befristete Recht veräussert und vererbt, ja dass es sogar wider den Willen des Gläubigers erfüllt werden kann (§ 271, II), ohne dass der Gläubiger das vorzeitig Geleistete zurückzufordern berechtigt wäre (§ 813, II) [1]). Hiernach ist es auch klar, dass sich aus dem Inhalt der §§ 271, II, und 813, II zwar auf eine vor dem Anfangstermin bestehende Verbindlichkeit schliessen lässt, auf einen vorher vorhandenen Anspruch aber ebensowenig wie aus ihrer Sprechweise. Sie gelten vielmehr in gleicher Weise für die „betagten“ wie für die „befristeten“ Ansprüche Windscheids. [2 u. 3])

Wir kommen nun zu der zweiten Bestimmung des B. G. B., mit der die Gegner der nichtfälligen Ansprüche in Konflikt geraten. Nach § 202, I gewährt die Stundung einer Leistung dem Schuldner das Recht, dieselbe vorübergehend zu verweigern. Allgemein anerkannt ist nun, dass „Leistungsverweigerungsrecht“ der technische Ausdruck

[1]) Vergl. die Ausführungen Dernburgs a. a. O., S. 462 f., und Enneccerus' a. a. O., S. 261.

[2]) Bie Beibehaltung dieser Windscheidschen Terminologie dürfte sich, da § 813, II sich des Ausdrucks „betagte Verbindlichkeiten“ bedient, für das B. G. B. wenig empfehlen.

[3]) Ueber das Vorhandensein einer Verbindlichkeit vor dem Termin für Entstehung des Anspruchs vergl. besonders die Ausführungen von Hölder, „Anspruch und Klagerecht“ in Busch's Zeitschrift, S. 52 f., und in „Ueber das Klagerecht“, I. Teil, S. 37 f.

des B. G. B. für Einrede ist. Das ergibt sich auch aus Abs. 2 des § 202, der die Bestimmung des Abs. 1 für einige Fälle ausser Anwendung setzt, die ausdrücklich als „Einrede" bezeichnet werden. Wo nun aber dem Schuldner eine Einrede zusteht, muss auch ein Anspruch des Gläubigers vorhanden sein, der sogar durch die Ausübung des Leistungsverweigerungsrechts nicht vernichtet, sondern nur in seiner Geltendmachung gehemmt wird. Das Vorhandensein eines Anspruchs nimmt denn auch das B. G. B. in § 202 an, denn eine Hemmung der Verjährung kann nur da in Betracht kommen, wo schon ein Anspruch gegeben ist, der an sich der Verjährung unterliegt. Hölder[1]) nun gibt zwar zu, dass der Gebrauch des Ausdrucks „Leistungsverweigerungsrecht" in § 202, I ein technischer ist, er meint aber, dass der Gesetzgeber ihn „in der irrigen Meinung seines Zutreffens" angewandt habe, und dass man ihn daher als nicht massgebend ausser acht lassen dürfe. Wir meinen nun aber, dass einerseits der Gesetzgeber über den Inhalt des Gesetzes in § 202, I nicht im Irrtum gewesen ist, dass anderseits die Anwendung dieses Paragraphen in seiner von den Verfassern des B. G. B. vorgestellten Bedeutung zu theoretisch durchaus befriedigenden, wenn auch nicht eminent praktischen Ergebnissen führt. Vor allem ist Hölder[2]) und Leonhard[3]) darin zu widersprechen, dass ein Unterschied zwischen dem Falle eines dies für Entstehung des Anspruches und der Stundung nicht bestehe. Richtig ist zwar, dass nicht nur nachträgliche Stundung Stundung ist, dass jener vielmehr die „Stundung durch den Begründungsakt"[4]) völlig gleichsteht. Hat doch die Bestimmung des § 202, I hauptsächlich für den Fall des von vornherein bewilligten Leistungsaufschubs Bedeutung, während in dem nachträglichen Stundungsvertrage in der Regel eine Aner-

[1]) Anspruch und Klagerecht, S. 84. — Ueber das Klagerecht, I. Teil. S. 37.

[2]) Anspruch und Klagerecht, S. 71 und S. 84 f.

[3]) A. a. O. S. 417 f.

[4]) Ein von Rehbein a. a. O., S. 307, gebrauchter Ausdruck.

kennung der Schuld zu erblicken sein wird, durch welche die Verjährung unterbrochen, nicht nur gehemmt wird. [1])

Zwischen Hinausschiebung der Entstehung des Anspruchs und blosser Stundung bestehen aber u. E. die folgenden Unterschiede:

1. Der Kläger, der ein Rechtsgeschäft mit Anfangstermin im Sinne des § 163 B. G. B. behauptet, wird bei Versäumnis des Beklagten von Amtswegen abgewiesen, wenn der Termin noch nicht herangekommen ist. Geht dagegen aus seinem Vorbringen nur Stundung hervor, so erzielt er ein Versäumnisurteil gegen den abwesenden Schuldner.

2. Auf die Einrede der Stundung kann nicht nur durch Vertrag, sondern auch einseitig verzichtet werden. Ein solcher einseitiger Verzicht ist insbesondere in einer trotz Kenntnis des Einrederechts erfolgenden Leistung zu erblicken. Anders bei der Hinausschiebung der Entstehung des Anspruchs. Liegt sie vor, so kann zwar das befristete Geschäft durch Vertrag in ein unbefristetes verwandelt werden. [2]) Es kann ferner nach § 171, II, B. G. B. der Schuldner im Zweifel vor der bestimmten Zeit leisten; eine solche vorzeitige Leistung käme aber praktisch auf dasselbe hinaus wie ein stillschweigender einseitiger Verzicht auf die Stundungseinrede. Während jedoch im Fall der Zeitbestimmung des § 163 der Schuldner ausser Stande ist,

[1]) Derselben Ansicht: Rehbein a. a. O., S. 307; Hölder, Anspruch und Klagerecht, S. 85; Ueber das Klagerecht, I. Teil, S. 37; Geier a. a. O., S. 25; Suppes, Der Einredebegriff des B. G. B. in seiner praktischen Bedeutung, S. 32, Anm. 3. Immerhin ist doch folgender Fall einer nachträglichen Stundung, die bloss Hemmung der Verjährung bewirkte, denkbar: A. macht einen ihm gegen B. zustehenden Anspruch geltend. B. erklärt, er glaube nicht, dass A.'s Anspruch begründet sei, wisse es aber nicht genau. Auf alle Fälle bitte er um Stundung, schon um Zeit zu Nachforschungen über das Bestehen des Anspruchs zu gewinnen. A. bewilligt Stundung.

Nur als nachträgliche Hinausschiebung erkennen die Stundung an: Cosack a. a. O., S. 348; Dernburg a. a. O., S. 524.

[2]) Leonhard a. a. O., S. 418.

dem Gläubiger das Recht zu sofortiger Leistungsforderung zu verschaffen, gelangt der mit einer Stundungseinrede behaftete Anspruch durch einseitigen (ausdrücklichen oder stillschweigenden) Verzicht des Schuldners zu sofortiger, ungehemmter Wirksamkeit.[1])

Wir kommen also zu dem Ergebnis, dass das B. G. B. dem Rechtsleben neben der Form der Hinausschiebung der Entstehung noch diejenige des dies für Erfüllung des Anspruchs zur Verfügung stellt. Dies Resultat mag ein unpraktisches sein, zu irgend welchen Ausstellungen in theoretischer Hinsicht gibt es jedenfalls keinen Anlass.

Unter den Schriftstellern, die, wie der Verfasser die Windscheidsche Unterscheidung auch für das B. G. B. aufrechterhalten, sind einige, die behaupten, dass das Gesetzbuch aus der Gruppe der betagten Rechtsgeschäfte den Fall der Stundung als einen besonderen heraushebe. Hauptvertreter dieser Ansicht ist Hellwig.[2]) Ihm schliesst sich Endemann[3]) an. Ihre Behauptung gründen sie auf die Bestimmungen des § 199 i. Vbdg. m. 202, I. und des § 271, II, B. G. B., u. E. mit Unrecht.

§ 158, I des Entwurfs I zum B. G. B. bestimmte als Beginn der Verjährung den Eintritt der Fälligkeit, den Zeitpunkt, in welchem die Befriedigung des Anspruchs rechtlich verlangt werden kann. Demgegenüber war es erforderlich, im § 158, IV, E. I ein ausnahmsweises Beginnen der Verjährung vor der Fälligkeit des Anspruchs festzusetzen, damit der Berechtigte, in dessen Belieben die Kündigung steht, nicht in der Lage wäre, die Gebundenheit des Verpflichteten auf unbegrenzte Zeit hinauszuschieben.[4])

[1]) Diese Verschiedenheit lassen Hölder (Anspruch und Klagerecht, S. 71) und Leonhard (a. a. O. S. 417 f.) ausser acht.

[2]) Anspruch und Klagerecht S. 7 Anm. 23; Lehrb. d. Deutschen Civilprozessrechts S. 217 f., Anm. 23.

[3]) A. a. O. S. 453 insbes. Anm. 14; S. 519, insbes. Anm. 45; S. 390, Anm. 9.

[4]) Motive I. S. 309. — Cosack a. a. O. S. 259.

§ 198 B. G. B. hingegen lässt die Verjährung mit der Entstehung des Anspruchs beginnen und überlässt es der Auslegung, wann sie die Entstehung eines Anspruchs annehmen wolle.

Hellwig nun und wir mit ihm nehmen in den Fällen des dies für Erfüllung des Anspruchs Entstehung eines Anspruchs schon vor Eintritt der Fälligkeit an. An diesem Punkte aber scheiden sich unsre Wege. Wir erachten uns an den strikten Wortlaut des § 198 gebunden, sind also genötigt, auch die Verjährung in den bezeichneten Fällen vor Eintritt der Fälligkeit beginnen zu lassen. Infolgedessen kann für uns § 199 B. G. B., der dem § 158, IV, E. I entspricht, in eben diesen Fällen nicht mehr die alte Bedeutung haben, den Beginn der Verjährung ausnahmsweise vor Fälligkeit des schon vor derselben bestehenden Anspruchs festzusetzen, denn die Verjährung hat ja hier schon mit Abschluss des Geschäftes begonnen. Hiernach ist also die Geltung des § 199 heute auf die Fälle beschränkt, wo die Entstehung des Anspruchs mit der Fälligkeit zusammenfällt (Geschäfte mit Anfangstermin im Sinne des § 163).

Anders Hellwig.[1]) Er lässt § 199 auf „betagte" wie „befristete" Ansprüche im Windscheidschen Sinne sich beziehen. Da fällt es dann natürlich in die Augen, dass das B. G. B. den legislatorischen Zweck, der zerstörenden Kraft des Verjährungslaufes Einhalt zu gebieten, so lange Befriedigung des Anspruchs nicht verlangt werden kann,[2]) in § 202 auf andre Weise – nämlich durch blosse Hemmung der Verjährung — erreicht, als in § 199, wo die Verjährung mit dem Zeitpunkte der Zulässigkeit der Kündigung überhaupt erst beginnt.

Auf diese Verschiedenheit nun gründet Hellwig innerhalb der Kategorie der sogenannten „Betagung" den Unterschied zwischen dem Fall der Hinausschiebung der

[1]) Anspruch und Klagerecht S. 7, Anm. 23; Lehrbuch des Deutschen Civilprozessrechts S. 217 f., insbes. Anm. 23.

[2]) Ein Zweck, dem, wie Rehbein a. a. O. S. 307 sagt, sich kein Verjährungsgesetz entziehen kann.

Fälligkeit und dem des blossen Versprechens des Gläubigers, die Leistung trotz ihrer fortdauernden Fälligkeit nicht einzufordern. Für die Gruppe der im Hellwigschen Sinne nichtfälligen Ansprüche enthält nun aber das B. G. B., abgesehen von dem speziellen Fall des § 199, keine Bestimmung, die in befriedigender Weise den Beginn des ungehemmten Verjährungslaufes und den Eintritt der Möglichkeit erfolgreicher Leistungsforderung in Einklang brächte. Hellwig sucht diesem Mangel dadurch abzuhelfen, dass er für den Beginn der Verjährung das Erfordernis der Fälligkeit des Anspruchs als von § 198 als selbstverständlich vorausgesetzt aufstellt. Diese willkürliche, dem Wortlaut wie dem Sinn des § 198, Satz 1 widersprechende Interpretierung, die auch Hölder[1]) mit Recht tadelt, vermeiden wir vollständig, indem wir die Anwendbarkeit des § 199 auf die im Windscheidschen Sinne „befristeten" Rechtsgeschäfte beschränken, denen als „betagte" dann nur die Rechtsgeschäfte mit Stundung der Leistung (im Sinne des § 202, I) gegenüberstehen. Nichtfälligkeit nichtsdestoweniger entstandener Ansprüche ist deshalb nach B. G. B. identisch mit Stundung der auf Grund dieser Ansprüche geschuldeten Leistung.[2])

Ausser auf die Gegenüberstellung der §§ 199 und 202, I, beruft sich Hellwig[3]) zur Begründung seiner Ansicht noch auf die Bestimmung des § 271, II, B. G. B. Nach seiner Ansicht geht aus dem Sprachgebrauch der §§ 271/72 und 813, II hervor, dass sie sich nur auf entstandene, aber noch nicht fällige Ansprüche beziehen. Wäre diese Ansicht richtig, so müsste allerdings § 271, II dahin verstanden werden, dass, wenn eine Zeit für die Leistung bestimmt ist, der Gläubiger vor der bestimmten Zeit zwar schon einen Anspruch, aber noch kein Recht der Geltendmachung habe, nicht dahin, dass der Schuldner ein blosses Leistungsverweigerungsrecht habe.

[1]) Anspruch und Klagerecht S. 85; Ueber das Klagerecht I. Teil, S. 35.

[2]) Vergl. hierüber auch unsre weiteren Ausführungen in § 8 dieser Abhandlung.

[3]) Anspruch und Klagerecht S. 8, Anm. 25.

Wir haben nun aber schon weiter oben die Argumentation bekämpft, die aus der Sprechweise der §§ 271/72 und 813, II folgern zu müssen glaubt, dass es sich in ihnen nur um nichtfällige, aber schon entstandene Ansprüche handle. Insbesondere haben wir darauf hingewiesen, dass das Vorhandensein einer erfüllbaren Verbindlichkeit noch nicht auf das Bestehen eines Anspruchs schliessen lasse. Daher findet u. E. die Auslegungsregel des § 271, II auf alle Fälle Anwendung, wo „eine Zeit für die Leistung bestimmt ist". Stellt sich aber die Zeitbestimmung als eine Stundung dar, so liegt ein Zweifelsfall nicht vor. Es steht vielmehr fest, dass der Gläubiger vor der bestimmten Zeit Leistung verlangen, der Schuldner aber sie vornehmen oder verweigern kann. Auch § 271, II zwingt also nicht zur Annahme nichtfälliger Ansprüche im Hellwigschen Sinne.

Demnach ist das Schlussergebnis unserer Erörterungen über die Rechtsgeschäfte mit Anfangstermin: Wer sich mit den Bestimmungen des B. G. B. nicht in Widerspruch setzen will, muss

1. Rechtsgeschäfte mit dies für Entstehung und

2. Rechtsgeschäfte mit dies für Erfüllung des Anspruchs annehmen. Die letzteren sind identisch mit den Rechtsgeschäften, bei denen eine Stundung der Leistung vereinbart ist.

Wer, wie Hölder, die Verschiedenheit dieser beiden Gruppen leugnet, gerät in Konflikt mit den §§ 202, I und 273, I, B. G. B.

Wer, wie Hellwig, innerhalb der zweiten Gruppe noch zwischen Hinausschiebung der Fälligkeit und blosser Stundung bei fortdauernder Fälligkeit unterscheiden will, setzt sich über die Norm des § 198 B. G. B. hinweg und erhöht unnötigerweise die Kompliziertheit dieser Materie in theoretischer wie in praktischer Beziehung.

Darf man nun nach alledem den Anspruch des B. G. B. als das Recht, „sofort" Leistung zu verlangen, bezeichnen? U. E. ist es jedenfalls nicht gestattet, dies schlechthin zu tun. Das Verlangen muss vielmehr nur in dem Sinne ein

präsentes sein, dass es nicht ipso jure vom Richter zurückgewiesen werden darf. Dagegen können Einreden es sehr wohl zu einem nicht sofort durchsetzbaren machen.

Ad 2. Anspruch ist das Recht, etwas von einem Anderen zu verlangen. Schon Windscheid hebt die persönliche Richtung der Ansprüche hervor: „Actio ist also der Ausdruck für dasjenige, was man von einem Anderen verlangen kann".[1] (Vergl. auch actio S. 223. Pandekten § 43, S. 101.)

a) Diese persönliche Richtung teilen sie mit den Forderungsrechten, deren Identität mit den Ansprüchen von den meisten Schriftstellern vertreten wird. Eine Vergleichung der §§ 194 und 241 scheint dasselbe Resultat zu ergeben. Auch die Bezeichnung der Ansprüche als persönlich, dinglich, erbrechtlich, familienrechtlich beruht nur auf der Verschiedenheit der zugrunde liegenden Rechte, nicht auf einem sachlichen Unterschiede; sie stände also einer Gleichsetzung der Ansprüche mit den Forderungsrechten nicht entgegen. Vergl. Endemann.[2] Leonhard.[3] Hellwig.[4] Dagegen macht Crome[5] gegenüber der herrschenden Meinung mit Recht geltend, dass bei den bedingten und „befristeten" Schuldverhältnissen vor Eintritt der Bedingung (des Termins) zwar schon die Forderung, aber noch kein Anspruch da sei. Wir haben uns im Sinne dieser Ansicht schon weiter oben (in diesem Paragraphen unter ad 1, b) ausgesprochen.

b) Bestritten ist die Frage, wann aus einem dinglichen Recht ein Anspruch entsteht.

---

[1]) A. a. O. S. 5. Wenige Zeilen weiter heisst es: „Actio ist der Ausdruck für den Anspruch", wobei jedoch auch Windscheid als das Wesentliche der römischen actio das Klagerecht erkennt. Dadurch unterscheidet sie sich von dem modernen Anspruch.

[2]) A. a. O. S. 452.

[3]) Der allgemeine Teil des B. G. B., S. 199.

[4]) Anspruch und Klagerecht, S. 30/31, insbes. Anm. 20. Lehrbuch des Deutschen Civilprozessrechts, S. 216 f, insbes. Anm. 21. Einen rein terminologischen Unterschied zwischen Anspruch und Forderungsrecht nach B. G. B. erkennt Hellwig an.

[5]) System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, S. 181, Anm. 11.

Die Antwort muss lauten: Wenn man von einem Anderen . . . . verlangen kann.

α) Windscheid lässt das dingliche Recht aus einer unbegrenzten Zahl von Ansprüchen gegen jedermann bestehen oder diese wenigstens auf jenem beruhen. Diese Ansicht wird und wurde schon im gemeinen Recht stark bestritten, und zwar sowohl von solchen, welche in dem dinglichen Recht ein Recht an der Sache,[1]) als auch von solchen, welche in ihm ein Recht gegen jedermann[2]) erblickten, als auch endlich von solchen, die beide Ansichten kombinierten.[3])

Am schärfsten muss ihnen entgegentreten, wer den klaglosen Ansprüchen gegenüber sich ablehnend verhält, aber auch, wer, wie der Verfasser, diesen Standpunkt nicht teilt, wird die Ansprüche gegen jedermann verurteilen müssen angesichts der Wesen- und Zwecklosigkeit dieser Gebilde (vergl. hierzu noch ausser den oben Angeführten Friedenthal)[4]). Insbesondere für das Recht des B. G. B. wird man logischerweise das „von einem Anderen" als „von einem bestimmten Anderen" auslegen müssen. So auch die Motive,[5]) Planck,[6]) Hölder.[7]) Anhänger der Windscheidschen Ansicht sind Cosack,[8]) Leonhard,[9]) Hellwig.[10])

[1]) Endemann, a. a. O., vergl. S. 60, insbes. Anm. 5, mit S. 452, insbes. Anm. 11.

[2]) Thon, a. a. O., vergl. VI, § 5—8, S. 300 ff. mit S. 156 ff.

[3]) Crome, a. a. O., vergl. S. 161 f., insbes. Anm. 2 u. 3, mit S. 179, insbes. Anm. 6.

[4]) Einwendung und Einrede in der C. P. O. und im B. G. B., S. 55, insbes. die in den Anm. 1—3 enthaltenen Zitate.

[5]) I. S. 291.

[6]) Kommentar I, Vorbemerkungen S. 18.

[7]) A. a. O. S. 55 f.

[8]) Lehrb. des Bürgerl. Rechts I, Abt. 1, S. 254.

[9]) A. a. O. S. 199, insbes. Anm. 3.

[10]) A. a. O. S. 25 f. Gegen das Hellwigsche Argument, dass die Ansprüche auf ein zukünftiges Unterlassen sich nur aus der Windscheidschen Ansicht heraus erklären liessen (§§ 862, I, 1004 B. G. B., § 259 C. P. O.), vergl. Thon a. a. O., S. 178 f.

β) Savigny, System des heutigen röm. Rechtes, V, § 204, lässt den Anspruch nicht aus einem zu Grunde liegenden Recht sich entwickeln, sondern erst aus einer Rechtsverletzung neu entstehen. Diese Theorie ist heute allgemein verworfen.[1])

γ) Von der herrschenden Meinung ist also anerkannt, dass der dingliche Anspruch sich aus dem ruhenden Recht, und zwar erst, wenn dieses die Richtung gegen eine bestimmte Person gewonnen hat, entwickle.

Viele Schriftsteller drücken sich nun noch heute so aus, dass der Anspruch aus dem Recht bei Verletzung desselben gegen den Verletzer entstehe. Diese an Savigny gemahnende Ausdrucksweise ist ungenau.[2]) Der Begriff der Rechtsverletzung würde den Fall nicht mitumfassen, wo der Eigentümer eine Sache verloren und ein Anderer sie an sich genommen hat, um sie dem Eigentümer wieder zuzustellen. Der hier getadelten oder einer ähnlichen Ausdrucksweise bedienen sich u. a. Planck,[3]) Leonhard,[4]) Matthiass.[5])

δ) Jedenfalls ist es korrekter, die Entstehung eines Anspruchs von dem „Eintritt eines Zustandes abhängig zu machen, der dem betreffenden dinglichen Recht nicht entspricht".[6]) Wann ein solcher Zustand eintritt, das wird insbesonders für das Eigentum verschieden beantwortet. Geier geht davon aus, dass das Eigentum ein relativer Begriff sei, dessen Inhalt weitgehender Einschränkungen durch Gesetz und durch mit dem Willen des Berechtigten entstandene Rechte Dritter unterliegt. Nur soweit ein Zustand dem relativ genommenen Eigentumsinhalte nicht entspreche, erzeuge er einen Anspruch. So werde z. B. das

[1]) Vergl. Fischer, Recht und Rechtsschutz, S. 67 ff. — Endemann a. a. O. S. 452, Anm. 12.

[2]) Hellwig, a. a. O., S. 27, Anm. 9.

[3]) A. a. O. S. 48 (besser S. 249).

[4]) A. a. O. S. 200 und 227, Anm. 3.

[5]) Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Band I, S. 69.

[6]) Geier, Der Begriff der Einrede nach B. G. B. S. 17.

Eigentum durch einen Mietsvertrag eingeschränkt, ein dinglicher Anspruch auf Herausgabe gegen den Mieter erwachse dem Eigentümsr aber erst nach Ablauf der Mietszeit. Diese Ansicht erscheint an und für sich nicht verwerflich, sie entspricht nur nicht der Auffassung, die sich das B. G. B. nach dem Wortlaut der §§ 985, 986 augenscheinlich zu eigen gemacht hat.

ε) Das B. G. B. sieht in diesen Paragraphen von der „Relativität" des Eigentumsbegriffes ab und lässt den Anspruch entstehen, sobald der volle Inhalt des Eigentums eine Einbusse erlitten hat und ein bestimmter Anspruchsgegner gegeben ist. Das geht hervor aus § 985, der dem Eigentümer den Herausgabeanspruch gegen den Besitzer gibt, unabhängig davon, ob ein Recht zum Besitz vorhanden ist oder nicht. Zur Wahrung eines etwaigen Besitzrechtes gewährt der § 986 dem Besitzer gegen den Herausgabeanspruch eine Einrede, welche die Nochnichtfälligkeit des Herausgabeanspruches geltend macht.

Der Herausgabeanspruch ist also dem Eigentümer in § 985 absolut gegeben; etwaige entgegenstehende Rechte Dritter machen ihn aber in der Form von Einreden zu einem nichtfälligen. Neben dem dinglichen Anspruch läuft parallel ein obligatorischer, z. B. aus einem Mietsvertrage, her, dem dieselbe Einrede der Nichtfälligkeit, die auf dem Detentionsanspruche des Mieters beruht, entgegensteht.

Es ist also u. E. einerseits falsch, wenn Geier[1]) den dinglichen Anspruch erst mit dem Ablauf der ausgemachten Mietszeit entstehen lässt und daran die Behauptung knüpft, es gebe keine nichtfälligen dinglichen Ansprüche, anderseits können wir auch Hellwig[2]) nicht beistimmen, der den dinglichen Anspruch als einen sofort fälligen bezeichnet, dem nur die Einrede aus dem Mietsverhältnis entgegenstehe. Das bedeutet eben nach unserer Auffassung eine

[1]) A. a. O. S. 18, S. 21.
[2]) A. a. O. S. 7, Anm. 23.

allerdings besonderer Berufung auf sie bedürftige Nichtfälligkeit des dinglichen Anspruchs.

Ad 3. Der Anspruch geht auf ein Tun oder ein Unterlassen. Dieses Merkmal ist für uns von besonderer Bedeutung, da es für den Gegensatz von Anspruch und Einrede charakteristisch ist.

Aus § 241 ergibt sich, dass das „Tun oder Unterlassen" vom B. G. B. auch als „Leistung" bezeichnet wird. so dass Anspruch das Recht ist, von einem Andern eine Leistung zu verlangen, wie Einrede das Recht, eine Leistung zu verweigern.

Gegenstand des Anspruchs kann also sein:

1. Ein Tun. Das „Tun" besteht in einer äusseren Willenstat, einer Körperbewegung, entweder einer einzelnen Handlung oder einem dauernden Verhalten. Bezüglich des Anspruchs auf ein dauerndes Verhalten gilt insofern noch eine Besonderheit, als bei ihm die Verjährung erst mit der Zuwiderhandlung beginnt; so Leonhard.[1]) Davon soll noch weiter unten die Rede sein.

2. Ein Unterlassen, das wiederum in einer einzelnen Unterlassung oder in einem dauernden Verhalten bestehen kann.[2]) Hier haben wir es nicht zu tun mit einer äusseren Willenstat, sondern mit einer inneren, der „Unterdrückung des Triebes zur Vornahme der betreffenden Handlung".

a) Die Aufnahme des „Unterlassens" in den Anspruchsbegriff des § 194 ist oft getadelt worden, so von Endemann[3]) und Hölder.[4]) Von diesen wird im Anschluss an § 198, Satz 2, behauptet, dass, wenn eine Leistung in einem Unterlassen besteht, die Pflicht, zu unterlassen, von vornherein erfüllt wird bis zu einem Zuwiderhandeln. Dann erst entstehe ein Anspruch, der nun aber auf ein Tun, Beseitigung

[1]) A. a. O. S. 227, insbes. Anm. 3.

[2]) Vergl. hierzu Wendt, Unterlassungen und Versäumnisse im Bürgerlichen Recht, S. 8 ff.

[3]) A. a. O. S. 450, Anm. 2.

[4]) Kommentar S. 423 24 und „Ueber das Klagerecht", Dekanatsprogramm, Erster Teil, S. 34, Zweiter Teil, S. 3 ff.

der Beeinträchtigung, Schadenersatz etc. gerichtet sei. Diese Ansicht ist die Folge einer Verwechslung der Begriffe „Anspruch“ und „verjährbarer Anspruch“.[1])

Es gibt nämlich nach B. G. B. auch nicht klagbare Ansprüche.[2]) Der Begriff des Anspruchs umfasst jedes Recht gegenüber einem bestimmten Verpflichteten ohne Rücksicht auf Klagbarkeit.[3])

Zu den „klaglosen“ Ansprüchen gehören nun vor allem diejenigen, die auf ein dauerndes Unterlassen gerichtet sind. Bei ihnen ist die Möglichkeit einer Klage oder aussergerichtlichen Anforderung nicht gegeben. Eine solche Möglichkeit ist aber Voraussetzung der Verjährung. Daher findet in diesen Fällen eine Verjährung nicht statt.

Dennoch halten wir uns für berechtigt, hier von „Ansprüchen“ zu sprechen.[4]) Um sich diese Berechtigung klarzumachen, mag man sich die Lage des Falles etwa folgendermassen vorstellen:

Mit Abschluss des Geschäftes, auf dem die Verpflichtung zu dem Verhalten beruht, ist sofort ein Anspruch da, und zwar ein fälliger, für den ersten Moment der Verpflichtungszeit,[5]) der aber sofort befriedigt wird, daher zu einer Anforderung keine Gelegenheit bietet; gleichzeitig ist eine unendliche Zahl nichtfälliger Ansprüche für jeden weiteren Moment der Verpflichtungszeit gegeben, die aber eben wegen ihrer Nichtfälligkeit nicht eingeklagt werden können. Dies wiederholt sich in jedem Moment der Verpflichtungszeit aufs neue. Wird in einem Moment oder von einem Moment an zuwidergehandelt, so entsteht durch das Zuwiderhandeln ein andrer Anspruch auf Be-

---

[1]) Leonhard, a. a. O. S. 226 b. Anm. 4. Für die Ansprüche auf ein Unterlassen auch Wendt a. a. O., S. 90 ff.

[2]) Anders bei der actio des röm. Rechts. Vergl. weiter oben.

[3]) Leonhard, a. a. O. S. 193.

[4]) So dass also § 194 B. G. B. nicht die Bedeutung hätte, dass alle Ansprüche der Verjährung unterliegen.

[5]) Wir setzen den Fall, dass die Verpflichtung sofort mit dem Geschäftsabschluss beginnt.

seitigung der Beeinträchtigung, Schadenersatz etc., der nun seinerseits klagbar ist und deshalb auch der Verjährung unterliegt.

Auf einer Zuwiderhandlung in Verbindung mit der Besorgnis weiterer Zuwiderhandlungen beruhen auch die klagbaren Ansprüche auf künftiges Unterlassen, die das Gesetz in einigen Fällen gewährt (z. B. §§ 550, 862, I, 1004 B. G. B., 257—259 C. P. O.). Um diese Ansprüche handelt es sich auch in § 198, Satz 2 B. G. B.[1]) Da aber das Gesetzbuch zu der Frage, wann ein Anspruch entsteht, keine Stellung nimmt, sondern die Antwort darauf der Wissenschaft überlässt, so hat auch der zweite Satz des angezogenen Paragraphen nicht die Bedeutung, dass er eine Ausnahme von dem Satze: „Die Verjährung beginnt mit der Entstehung des Anspruchs" statuierte. Ganz ohne Rücksicht auf diese Frage vielmehr, nur in der Absicht, künftigen Kontroversen vorzubeugen, lässt das Gesetz hier die Verjährung eines Anspruchs, der auf ein Unterlassen geht, mit der Zuwiderhandlung beginnen. Es steht dem also nichts entgegen, dass wir in dem gleichen Zeitpunkte eben diesen der Verjährung unterliegenden Unterlassungsanspruch auch erst entstehen lassen, ihn somit von dem schon vorher vorhandenen klaglosen und daher unverjährbaren Unterlassungsanspruche unterscheiden. Andrer Meinung ist Wendt,[2]) der nur einen einzigen einheitlichen Unterlassungsanspruch annimmt. Dieser gebe erst dann Anlass zu einer Klage, wenn ihm zuwidergehandelt werde. Seine Verjährung beginne ebenfalls erst mit diesem Zeitpunkte, also nach seiner Entstehung, und sie wirke nur so weit, „als eben die vorher erfolgte Zuwiderhandlung den Anlass zur Klage gegeben hätte". „Würde später durch neue Zuwiderhandlung neuer Anlass dazu eintreten, so wird nunmehr der auf Unterlassung gerichteten Klage jene Verjährung auch nicht im Wege stehen, ebensowenig wie bei wiederkehrenden Leistungen die Verjährung des einen

[1]) So Wendt, a. a. O. S. 91, 93 ff.

[2]) A. a. O. S. 91, 93 ff.

Postens die spätere Klage auf die weiteren Posten ausschliesst, oder wie die Verjährung der dinglichen actio negatoria nicht einen Verlust des Eigentums bedeutet und nicht die Folge hat, dem gegnerischen Störenfried fortan einen Freibrief für Störungen zu erteilen.“ [1]) Die ganz abnorme Beschränkung der Verjährungswirkung nun, welche Wendt hier behaupten muss, wird völlig vermieden, wenn man sich auf den Standpunkt des Verfassers stellt. Ferner aber scheint uns gerade der Vergleich mit dem Recht auf wiederkehrende Leistungen und der actio negatoria darauf hinzuweisen, dass die Unterscheidung des klaglosen, unverjährbaren Unterlassungsanspruches von dem klag- und verjährbaren, mit der Zuwiderhandlung entstehenden das Richtige ist.[2])

Es entsteht also z. B. im Falle des § 104 mit der Beeinträchtigung ein Anspruch auf Unterlassung, sofern weitere Beeinträchtigung zu besorgen ist. Dass dieser Anspruch von einem Anspruch auf Beseitigung der Beeinträchtigung, der auf derselben Beeinträchtigung beruhen kann, aber nicht muss, völlig unabhängig ist, betont mit Recht Hellwig,[3]) während Hölder[4]) dies vollständig verkennt. Der Unterlassungsanspruch unterliegt daher einer selbständigen Verjährung, die mit seiner Entstehung (der Beeinträchtigung = Zuwiderhandlung) beginnt, er erlischt nicht etwa, wie Hölder meint, mit der Verjährung des Beeinträchtigungsanspruches. Erfolgt eine neue Beeinträchtigung, so entsteht auch ein neuer Beseitigungsanspruch und, bei begründeter Besorgnis weiterer Beeinträchtigungen, ein neuer Unterlassungsanspruch. Beide unterliegen neuen Verjährungen.

[1]) A. a. O. S. 97.

[2]) Bei dem Recht auf wiederkehrende Leistungen sind es nämlich die einzelnen Ansprüche auf die einzelnen Leistungen, die der Verjährung unterliegen; ebenso steht die actio negatoria als einzelner, verjährbarer Anspruch dem der Verjährung entzogenen dinglichen Rechte gegenüber.

[3]) Lehrb. d. D. C. P. R., S. 221, Anm. 15.

[4]) Ueber das Klagerecht, II. Teil, S. 8 ff.

Fortdauernde oder fortgesetzte Beeinträchtigung ist allerdings hierbei als eine einzige Zuwiderhandlung anzusehen, aus der ein einziger Unterlassungsanspruch hervorgeht. Dieser entsteht mit der ersten beeinträchtigenden Handlung und beginnt auch in diesem Zeitpunkte zu verjähren (§ 198, Satz 2). Bei dieser Auffassung der Ansprüche auf künftiges Unterlassen werden irgendwelche „absurden Konsequenzen“ [1]) gänzlich vermieden, ohne dass man sich in so schroffen Widerspruch mit der Bestimmung des § 198, Satz 2 zu setzen brauchte, wie dies Hölder tut.

Ausser den Ansprüchen auf ein dauerndes Unterlassen gehören zu den klaglosen Ansprüchen noch diejenigen auf eine Unterlassung zu einem ganz bestimmten Termin, [2]) ebenso diejenigen auf ein dauerndes Tun und auf ein Tun zu einem ganz bestimmten Termin. Allgemein lässt sich der Satz aussprechen, dass überall da, wo eine Leistung geschuldet wird, die, wenn sie nicht zu bestimmter Zeit erfolgt ist, nicht nachgeholt werden kann, ein klagloser Anspruch vorliegt. Dies ist demnach der Fall bei Leistungen, die zeitlich unbegrenzt oder von einem bestimmten Termin an bis zu einem bestimmten Termin oder zu einem bestimmten Termin geschuldet werden. Es liegt in diesen Fällen eine Ausnahme vor von dem Satze, dass Ansprüche der Verjährung unterliegen, nicht von dem, dass die Verjährung mit Entstehung der verjährbaren Ansprüche beginnt. Uebereinstimmend mit dem Verfasser: Leonhard,[3]) Hellwig,[4]) Matthiass,[5]) Rehbein,[6]) A. M. Hölder,[7]) Endemann,[8]) Lenel.[9])

---

[1]) Hölder, a. a. O., S. 10.

[2]) So dass also alle Unterlassungsansprüche ausser den oben behandelten auf ein zukünftiges Unterlassen klaglos sind.

[3]) A. a. O. S. 173 ff., S. 226 ff.

[4]) Lehrbuch d. D. C. P. R. S. 220 f.

[5]) A. a. O., S. 69 f. unter C.

[6]) A. a. O., S. 304.

[7]) Kommentar des B. G. B. Allgemeiner Teil S. 423 f. — „Ueber das Klagerecht“, I. Teil S. 34, II. Teil S. 3 ff.

[8]) A. a. O. S. 450, Anm. 2.

[9]) A. a. O. S. 8.

b) Unter den Begriff des Unterlassens fällt auch das Dulden, das nichts weiter ist als ein Nichtwiderstandleisten gegen Aenderungen der Sachlage.[1]) Das kann nicht zweifelhaft sein nach den Bestimmungen des B. G. B., das ausdrücklich eine Verpflichtung, etwas zu gestatten (§ 807), in § 1005 als einen Anspruch bezeichnet, ohne jedoch das Dulden als besondere Art der Leistung in die Anspruchsdefinition aufzunehmen.

Hiermit sind wir an der Grenzscheide zwischen den Begriffen „Anspruch“ und „Gegenrecht“ angelangt.

[1]) Leonhard a. a. O. S. 197, ebenso Wendt a. a. O. S. 16 f.

§ 4.

Das Gegenrecht.

Unter den Begriff des Gegenrechtes fällt sowohl die Einrede wie das Anfechtungsrecht. Was in diesem Paragraphen als Merkmal aller Gegenrechte bezeichnet werden wird, ist daher der Einrede und der Anfechtung gemeinsam.

I. Wie wir schon weiter oben ausführten, wendet sich der Anspruch wesentlich an den Willen des Gegners, auf dessen Seite dem Anspruche eine Rechtsverpflichtung zur Leistung, dem Tun, Unterlassen, Dulden, entspricht.[1])

Anders die Gegenrechte. Sie wirken unabhängig von dem Willen desjenigen, gegen den sie sich wenden. Sie begehren keine Willenstat von ihm, verlangen nicht, dass der Gegner etwas tue, unterlasse, dulde, sondern zwingen ihn, eine Rechtswirkung zu erdulden.

Dieses Merkmal ist den Gegenrechten eigen in ihrer Qualität als „Rechte des rechtlichen Könnens“ oder „Befugnisse“.

Der Begriff der ersteren ist von Zitelmann[2]) und der der Befugnisse von Thon[3]) entwickelt worden. Beide Begriffe sind wohl als gleichbedeutend zu betrachten. Den Gegensatz zu ihnen bilden die „Rechte des Dürfens“ (die absoluten Rechte) und die „des Sollens“ (die relativen Rechte). Von diesen beiden Kategorien unterscheiden sich die Befugnisse dadurch, dass sie die Macht gewähren, durch eigene Handlung eine materielle rechtliche Wirkung unabhängig von dem Willen des Betroffenen herbeizuführen.

[1]) Lenel a. a. O. S. 7, insbes. Anm. 2.

[2]) Internat. Privatrecht II, S. 32 ff. — Das Recht des B. G. B. Allgem. Teil, S. 23.

[3]) A. a. O. VII, S. 325 ff.

Aus diesem ihrem Wesen resultieren zwei Eigentümlichkeiten der Befugnisse:

1. Sie geniessen nicht den Schutz besonderer gebietender oder verbietender Normen, da sie seiner als einfache Privatwillensakte nicht bedürfen.

2. Sie gewähren keinen Anspruch.

Aus dieser Besonderheit folgern Thon,[1]) Geier[2]) und wenigstens für die Anfechtung die Protokolle zum E. II B. G. B.,[3]) dass die Befugnisse keine subjektiven Rechte seien. Wir können ihnen hierin nicht folgen, denn, wie schon in § 2 unter I, 3 ausgeführt worden ist, gehören Normenschutz, Ansprüche etc. nicht zu den wesentlichen Merkmalen des subjektiven Rechts. Vielmehr ist überall da, wo Staats- und Privatwille sich zum Schutze von als schutzwürdig von der Rechtsordnung anerkannten Interessen vereinigen, ein subjektives Recht gegeben. Unter diesen allgemeiner gefassten Begriff fielen dann auch die Rechte des rechtlichen Könnens. Bei ihnen besteht nämlich die Beteiligung des Staatswillens in der Gewährung[4]) der Befugnisse durch die Rechtsordnung, während es dem Privatwillen überlassen ist, sich dieselben zu Nutze zu machen.[5])

Diese unsre Auffassung wird auch nicht dadurch erschüttert, dass die Rechte des rechtlichen Könnens, wie Crome für die Gegenrechte insbesondere ausführt,[6]) erst mit ihrer Ausübung einen realen Inhalt gewinnen, vielfach aber durch dieselbe sofort erlöschen (darüber noch weiter unten). Stellt doch der Vorteil, den sie bieten, die Aussicht

[1]) A. a. O. S. 336 ff.

[2]) A. a. O. S. 13 ff.

[3]) I, S. 134.

[4]) Daher werden die Befugnisse auch von Brinz als „Gewährungen“ bezeichnet.

[5]) Für die Anerkennung der Rechte des rechtlichen Könnens als subjektiver Rechte sprechen sich aus:
Zitelmann, Recht des B. G. B. S. 21 ff. — Internat. Privatrecht S. 32. — Leonhard, a. a. O. S. 187 f. — Crome, a. a. O. S. 177, insbes. Anm. 5. — Endemann, a. a. O. S. 61.

[6]) A. a. O. S. 177.

auf die von ihnen herbeigeführte Rechtswirkung u. E. ein substantielles Moment dar, das für den Begriff des subjektiven Rechts ausreichend ist.[1])

Zu den Rechten des rechtlichen Könnens gehört auch das Recht, durch Rechtsgeschäft eine rechtliche Wirkung zu erzeugen. Durch Rechtsnormen und Ansprüche sind dann nur die Folgen des Geschäfts (z. B. das Eigentumsrecht) geschützt, nicht dieses selbst (z. B. Tradition oder Okkupation).

Nicht zu den „Befugnissen" möchte der Verfasser die Ansprüche oder vielmehr die mit ihnen verbundenen Zwangsbefugnisse gerechnet wissen. Auch diese stellen zwar eine rechtliche Macht dar,[2]) aber nur eine solche über prozessuale Rechtswirkungen, nicht über materielle.

II. Innerhalb der „Rechte des rechtlichen Könnens" lassen sich nun die Gegenrechte definieren als: Abwehrmittel gegen Ansprüche oder Rechte, die bis zu ihrer Geltendmachung durch den Berechtigten die Ansprüche oder Recht im grossen Ganzen vollwirksam bestehen lassen.

In dieser Definition liegt:

a) Die Gegenrechte müssen sich stützen auf einen selbständigen Tatbestand, dessen blosses „Gegenüberstehen der objektiven Rechtslage nach"[3]) das Bestehen des Anspruchs nicht berührt, z. B. auf Anfechtbarkeit. Den Gegensatz zu ihnen bilden die Abwehrmittel, die das Nichtbestehen des gegnerischen Anspruchs geltend machen (z. B. die Einwendung der ausgeübten Anfechtung, oder vielmehr ihres Erfolges, der Nichtigkeit, im Prozess). Zu diesen gehören, abgesehen von den rein prozessrechtlichen Einreden, den prozesshindernden und Beweiseinreden, das Leugnen des Klagegrundes und die rechtsverneinenden Einwendungen, die entweder ein Nichtentstandensein oder ein Wiedererloschensein des gegnerischen Anspruchs behaupten.

[1]) Vergl. dazu Thon, a. a. O., S. 197, der das „Interesse" als „die Aussicht auf ein Gut" bezeichnet, insbes. auch Anm. 113.

[2]) Vergl. Thon, a. a. O., S. 228.

[3]) Endemann, a. a. O., S. 512.

b) Damit die Gegenrechte in Wirksamkeit treten, müssen sie von dem Berechtigten geltend gemacht werden, da sie ja (siehe ad a) durch ihr blosses Bestehen den Hauptanspruch inhaltlich unberührt lassen. Erst nach erfolgter Geltendmachung darf das Gegenrecht im Prozesse vom Richter berücksichtigt werden. Dann aber auch von Amtswegen. (Siehe darüber weiter unten).

Das Gegenrecht untersteht der freien Verfügung des Berechtigten; dieser kann daher vor der Ausübung auf dasselbe verzichten und nach erfolgter Geltendmachung, sofern das Gegenrecht dann noch besteht, widerrufen.[1])

c) Das Gegenrecht erlischt stets zugleich mit dem Untergang des Anspruchs (Rechtes), gegen den es gerichtet ist, weil es ja aufgeht in der Abwehr dieses bestimmten Anspruchs. Deshalb kann man die Gegenrechte auch als „negative Rechte" bezeichnen, wo dann der Anspruch oder das Recht, dem sie gegenüberstehen, als positiv gilt. (So Bekker, Pandekten.)[2]) Der Ausdruck „Gegenrecht" stammt von Fischer.[3]) der ihn an Stelle der nur für die Theorie bestimmten Bekkerschen Bezeichnung zur Einführung in das Gesetzbuch empfahl.

d) Der gegnerische Anspruch bleibt also im grossen Ganzen bis zur Geltendmachung des Gegenrechts vollwirksam. Vor seiner Ausübung machen sich nur kraft einzelner, positiver Gesetzesbestimmungen, die zur Vermeidung gewisser Unzuträglichkeiten gegeben sind (darüber weiter unten) ausnahmsweise Vorwirkungen geltend (z. B. §§ 199, 202, I, 390, 813, I, B. G. B.). Man kann diese

[1]) Vergl. hierzu auch die Motive I, S. 359: „Die Regelung muss zulässig sein, dass ein Umstand einen Anspruch nicht von Rechtswegen in seiner Entstehung hindert oder wiederaufhebt, sondern nur dem Verpflichteten die Möglichkeit gewährt, die Befriedigung des an und für sich begründeten Anspruchs, sei es zur Zeit, oder der Person nach, oder für immer ablehnen zu dürfen.

[2]) I, S. 89.

[3]) Recht und Rechtsschutz (Heft 6 von Bekker und Fischers Beiträgen zur Erläuterung und Beurteilung des E. I, B. G. B.) S. 103.

Wirkungen als Folgen eines „Schwebezustandes“ bezeichnen,[1]) der, ähnlich wie bei bedingten Geschäften vor Eintritt oder Ausfall der Bedingung, bis zur Geltendmachung oder bis zum Untergang des Gegenrechts herrscht. Zum Inhalt des Gegenrechts gehören diese Vorwirkungen, wie Zitelmann[2]) treffend ausführt, aber nicht.

e) „Die Gegenrechte gewinnen einen realen Inhalt erst mit ihrer Ausübung“.[3]) Dieser Satz entspricht auf seiten des Gegenrechts dem von dem gegnerischen Anspruch ad d Ausgesagten.

III. Unter den Gegenrechten werden von neueren Schriftstellern zwei Hauptgruppen unterschieden, die Leistungsverweigerungsrechte, die, wie wir sehen werden, mit den Einreden im Sinne des B. G. B. identisch sind, und die Anspruchsvernichtungsrechte, deren Haupttypus das Anfechtungsrecht bildet.[4])

---

[1]) Endemann, a. a. O. S. 312.
[2]) Recht des B. G. B. Allg. Teil, S. 30.
[3]) Crome, a. a. O., S. 177.
[4]) So Friedenthal, a a. O., S. 62.

II. Teil.

Einrede und Anfechtung.

§ 5.

Kurzer Ueberblick über die Geschichte des Einredebegriffs.

Wenn auch unsere Konstruktion des Einredebegriffs sich auf der Grundlage der Bestimmungen des B. G. B. wird aufbauen müssen, so dürfte sich dennoch ein kurzer historischer Rückblick empfehlen auf eine Entwicklung, als deren Ergebnis der Einredebegriff nach B. G. B. immerhin erscheint.

1. Den Ausgangspunkt dieser Entwicklung bildet die exceptio des römischen Formularprozesses. In diesem gab es bekanntlich, je nachdem der Prätor in der intentio die Verurteilung des Beklagten durch den iudex an die Bejahung einer Rechts- oder einer blossen Tatfrage knüpfte, zwei Arten von actiones, die in ius und die in factum conceptae.

a) Die Rechtsfrage bei den ersteren war stets eine solche des ius civile, die ipso iure vom iudex verneint werden musste, wenn nach quiritischem Rechte ein Befreiungsgrund gegeben war. Die Befreiungsgründe des ius honorarium hingegen durften in iudicio nur dann berücksichtigt werden, wenn der Prätor sie in der Form von besonderen Exzeptionen in die formula einfügte. So Regelsberger,[1]) Lenel,[2]) Sohm,[3]) Heymann.[4])

Zu den Befreiungsgründen des prätorischen Rechts gehören nach richtiger Ansicht auch die exceptiones, die auf Anweisung einer civilrechtlichen Quelle vom Prätor gewährt werden mussten (civile Exzeptionen).

[1]) Pandekten, B. I, S. 682.
[2]) A. a. O. S. 46.
[3]) Institutionen S 267 ff.
[4]) Das Vorschützen der Verjährung S. 65.

Beispiele dieser Kategorie bilden die exceptiones SC. Vellejani, SC. Macedoniani, SC. Trebelliani (bestritten), legis Cinciae (bestritten) und legis Plaetoriae (bestritten). Die civilrechtliche Quelle statuiert in diesen Fällen stets nur einen öffentlich-rechtlichen Rechtssatz (eine lex imperfecta), dessen Folgen aber das prätorische Recht durch Schaffung entsprechender Exzeptionen zu ziehen verpflichtet ist.

So Regelsberger,[1]) Lenel,[2]) Sohm,[3]) A. M. Bekker,[4]) Fischer.[5])

b) In der formula in factum concepta war die Verurteilung in iudicio abhängig gemacht von dem Vorliegen der in der intentio festgelegten Tatsachen. Jede Verteidigung, die nicht in einem blossen Leugnen dieser Tatsachen bestand, konnte daher nur ope exceptionis Erfolg haben.

In der Periode des Formularprozesses bestand also wenigstens, was die formula in ius concepta anbetrifft, eine durchgängige Verschiedenheit der historischen Grundlage nach zwischen ipso iure und ope exceptionis wirkenden Verteidigungsmitteln.

2. Als an die Stelle des Formularverfahrens die extraordinaria cognitio trat, bei der das ganze Verfahren sich in iure vor dem Magistrate abspielte, ging die exceptio ihrer Bedeutung für den Prozess verlustig.

Trotzdem wurde der inhaltlos gewordene Begriff auch in dieser Periode beibehalten und fand sogar Aufnahme in die Kodifikation Justinians.

Für die auffallende Erscheinung werden von neueren Schriftstellern verschiedene Gründe angegeben:

„Der enge Zusammenhang, welcher zu Rom zwischen dem materiellen Rechtssatz und seiner prozessualen Formu-

[1]) A. a. O. S. 684, III, 2.
[2]) A. a. O. S. 18 ff.
[3]) A. a. O. S. 269.
[4]) Pandekten II, S. 278.
[5]) A. a. O. S. 97.

lierung bestand", so dass Wissenschaft und Praxis sich daran gewöhnt hatten, bei gewissen materiellen Verteidigungsgründen sich der Form der exceptiones zu bedienen (so Lenel)[1]). Die aus dieser Gewohnheit resultierende Unmöglichkeit, die exceptio aus den Werken der im Corpus iuris benutzten Schriftsteller auszumerzen (so Heymann)[2]). Endlich das für das Extraordinarverfahren feststehende Erfordernis der Geltendmachung der exceptiones vor der litis contestatio (so Lenel)[3]).

Der Sprachgebrauch war aber schon in dieser Periode ein so laxer geworden, dass vielfach auch früher ipso iure wirkende Verteidigungsmittel als exceptiones bezeichnet wurden (Heymann)[4]).

3. Der mittelalterlichen Jurisprudenz, der es an historischem Verständnis des Altertums mangelte, entging es vollständig, dass in dem Unterschiede von exceptiones und ipso iure wirkenden Verteidigungsmitteln nur der Gegensatz zwischen Civil- und Amtsrecht zum Ausdruck kam. So unterschoben denn die Glossatoren diesem Unterschiede eine materielle Bedeutung. Unter Benutzung von Elementen der aristotelischen Philosophie stellten sie den Begriff der exceptio facti, mit dem sie die ungenaue spätrömische Terminologie fortentwickelten, und den der exceptio iuris auf, welche sie für identisch mit der klassisch-römischen exceptio hielten. Die exceptio facti — so lehrten sie — umfasse alle prozessualen Verteidigungen ausser dem blossen Leugnen des Klagegrundes; sie mache geltend, dass der Kläger nur de facto klage, dass ihm also ein Recht nicht zustehe. Die exceptio iuris dagegen gebe ein ius des Klägers zu, mache es aber dadurch zur Durchsetzung unfähig, dass sie selbst ein entgegenstehendes Recht geltend mache.[5])

[1]) A. a. O. S. 60.
[2]) A. a. O. S. 52.
[3]) A. a. O.
[4]) A. a. O.
[5]) Vergl. Heymann, a. a. O., § 9, S. 61 ff.

4. Die Auffassung der Glossatoren, von der Wissenschaft des gemeinen Rechts übernommen, hat sich das ganze Mittelalter hindurch und weiter bis in das 19. Jahrhundert hinein erhalten. Zwar erkannten die modernen Schriftsteller, Savigny,[1]) Windscheid[2]) u. a., auf Grund historischer Forschungen, dass die exceptio ihrem eigentlichen Wesen nach allein in dem römischen Formularprozesse einen Sinn hatte, jedoch erklärten sie sich ihre Uebernahme in das Extraordinarverfahren dadurch, dass die Römer in die formula eben nur solche Verteidigungsgründe als Exzeptionen aufgenommen hätten, die sich als exceptiones iuris im Sinne der Glossatoren darstellten.

5. Bei genauerer Durchforschung der römischen Quellen zeigte es sich aber bald, dass auch diese Theorie sich nicht halten lässt, dass der Begriff der exceptio iuris nicht ein quellenmässig-römischer, sondern vielmehr ein von den Glossatoren neu geschaffener und den Quellen untergeschobener ist.

Dieser Erkenntnis hat eine grössere Anzahl von jüngeren Schriftstellern zum Durchbruch verholfen; ihr Standpunkt kann als der der heute herrschenden Meinung betrachtet werden (vergl. Fischer,[3]) Friedenthal).[4]) Wir haben ihn weiter oben ad 1—3 auseinandergesetzt.

6. Unter denen, die sich über die Nichtquellenmässigkeit der modernen exceptio einig waren, herrschte noch bis zum B. G. B. Streit darüber, ob dieser von den Glossatoren geschaffene materielle Begriff sich logisch halten liesse. Heymann[5]) und Lenel[6]) bestritten dies auf das energischste. Der erstere ging davon aus, dass die Glossatoren bei der Konstruktion der exceptio iuris den Substanzbegriff des Aristoteles angewandt hätten, indem ihnen die Wirksam-

[1]) System des heutigen röm. Rechts. Bd. V, S. 166 ff.
[2]) Pandekten, I, § 47, S. 116 ff., insbes. Anm. 1.
[3]) A. a. O. S. 95.
[4]) A. a. O. S. 5, insbes. Anm. 1.
[5]) A. a. O. S. 64 ff.
[6]) A. a. O. S. 100 ff.

keit der actio nicht als eine wesentliche, sondern nur als eine accidentale Eigenschaft derselben erschienen wäre.[1]) Dass die Glossatoren darin gefehlt haben, ist Heymann ohne Zweifel zuzugeben, denn nach römischem wie gemeinem Recht gehörte die Fälligkeit zum Wesen der actio.[2]) Wer der actio also die Wirksamkeit zur Zeit, d. h. die Fälligkeit absprach, leugnete damit das Vorhandensein einer ihr wesentlichen Eigenschaft, demnach, da „die Existenz eines jeden Dinges und also auch eines Rechtes identisch ist mit der seiner sämtlichen Begriffsmerkmale“,[3]) das Bestehen der actio selbst.

Nicht in demselben Masse kann der Verfasser allen Ausführungen Lenels beistimmen. Dieser Schriftsteller kommt auf Grund seiner Auffassung des „subjektiven Rechts“ als reinen Staatswillens zu dem Satze, dass „der Staat, wie der einzelne Mensch, nicht zugleich einen Willen haben und wollen könne, dass dieser Wille — nämlich durch die entgegengesetzte Einrede — unwirksam sei“.

Dieser Satz in seiner schroffen Abstraktheit erscheint nun allerdings unbestreitbar. Seine Strenge lässt sich aber erheblich mildern, wenn man, wie der Verfasser, in dem subjektiven Recht eine Betätigung nicht nur des Staatswillens, sondern daneben auch des Privatwillens erblickt. Der Anteil des letzteren ist, wie wir gesehen haben,[4]) besonders gross bei den Gegenrechten, zu denen auch die Einrede gehört.

Wenn man dies in Betracht zieht, so klingt der Satz doch nicht mehr so ganz absurd, dass der Staat einen Willen habe, zugleich aber wolle, dass dieser Wille unwirksam sei, soweit ein bestimmter Privater den entgegengesetzten Willen habe. Der Staatswille erscheint hier als subsidiär, und zwar in der Weise, dass er von selbst wieder zur Geltung kommt, wenn der Privat-

[1]) A. a. O. S. 68.
[2]) Vergl. Endemann, S. 391, Anm. 13.
[3]) Lenel, a. a. O., S. 130.
[4]) Vergl. oben § 4.

wille z. B. durch Verzicht wegfällt. Diese Elastizität des Staatswillens lässt selbst Lenel (S. 127) als eine materielle Eigentümlichkeit der Einreden gelten. Um dieser Eigentümlichkeit willen bezeichnet man den Staatswillen, solange sich ein Privatwille ihm widersetzt, als unwirksam. Wenn Lenel und andere dies tadeln, so müssen wir Planck[1]) beistimmen, der mit Recht diesen Tadel als einen solchen bezeichnet, der „mehr das Wort als die Sache“ trifft.[2])

7. Seit dem 1. Januar 1900 hat der „Exzeptionenstreit“ keine praktische Bedeutung mehr, denn das B. G. B. hat den Ausdruck „Einrede“ rezipiert und verbindet mit ihm einen Begriff, der wesentliche Eigenschaften mit der exceptio iuris teilt, ohne die Lenel-Heymannschen Ausführungen zu berücksichtigen. U. E. ist es im grossen ganzen deswegen nicht zu tadeln, denn auch die Argumente Heymanns verlieren an Bedeutung angesichts des Umstandes, dass das B. G. B. auch nichtfällige Ansprüche kennt, Fälligkeit also heute nicht mehr zu den wesentlichen Eigenschaften des Anspruchs gehört.

---

[1]) A. a. O. S. 19.

[2]) Für den materiellen Begriff der exceptio iuris erklärt sich auch Regelsberger (a. a. O. S. 683 f), nur rät er aus Zweckmässigkeitsgründen von der Beibehaltung des Ausdrucks „exceptio“ ab.

§ 6.

Die positiven Bestimmungen des B. G. B. über die Einrede.

Wenn das B. G. B. nach des Verfassers Ansicht auch im ganzen recht daran getan hat, den Lenel-Heymannschen Ausführungen nicht zu folgen, so ist seinen Verfassern doch zum Vorwurf zu machen, dass sie sich der Täuschung hingegeben haben, „der Begriff der materiellrechtlichen Einrede gewähre eine feste Kategorie, welche jeder Unklarheit vorbeuge — — — —“. (So die Motive.)[1])

Dass dem nicht so ist, das zeigen schon die im vorigen Paragraphen geschilderten Kontroversen, noch deutlicher aber wird es aus unseren weiteren Ausführungen hervorgehen. Wenn auch mit dem Inkrafttreten des B. G. B. der Streit um die historische und logische Berechtigung des Einredebegriffs seiner praktischen Bedeutung verlustig ging, so war doch auch die konkrete Fassung des Begriffs nach seinen einzelnen Merkmalen so wenig feststehend, dass eine Legaldefinition der Einrede mit kürzerer oder ausführlicherer Normierung der sie kennzeichnenden Eigenschaften wohl am Platze gewesen wäre. Statt dessen hat sich das Gesetzbuch mit einzelnen verstreuten Bestimmungen begnügt, aus denen wir uns nun den von ihm subintelligierten Einredebegriff mühsam zu rekonstruieren haben.

Der Lage der Sache nach wird es natürlich nicht möglich sein, mit dem Material, das uns das Gesetzbuch an die Hand gibt, allein ein lückenloses Gebäude aufzuführen. Vielmehr wird man mehrfach mit Resultaten der bisherigen Wissenschaft operieren müssen.

[1]) I, S. 342.

Auch die Materialien des Gesetzes werden, soweit die Bestimmungen des B. G. B. ihren Ausführungen zu entsprechen scheinen, wenn auch mit aller Vorsicht, zu benutzen sein. Immerhin muss versucht werden, soweit wie irgend möglich mit dem, was das Gesetz selbst uns bietet, auszukommen. Die einzelnen Bestimmungen des B. G. B. sind nun die folgenden:

I. Die Einrede im allgemeinen betrifft eine Vorschrift des § 390. Mit dieser werden wir uns noch später zu beschäftigen haben, und es wird sich dann ergeben, dass sie eine ausnahmsweise Wirkung der Einrede festsetzt. Für die Erkenntnis des Wesens unseres Begriffes ist sie jedenfalls nur von geringer Bedeutung. Dies lässt sich auch von den andern Fällen aussagen, in denen das B. G. B. die Einrede schlechthin erwähnt: §§ 768, 1137 und 1211. In § 1157 ist „Einrede" sogar in untechnischem Sinne, und zwar gleichbedeutend mit Einwendung, gebraucht, wie ein Vergleich dieser Bestimmung mit den §§ 1153 und 404 ergibt (so Friedenthal).[1])

II. Des Ausdrucks „Einrede" bedient sich das Gesetzbuch im ürigen nur mit einem Zusatz.

1. Bestimmte Kategorien von Einreden hat es im Sinn, wenn es

a) in den §§ 813, I, 886, 1169 und 1254 von Einreden spricht, durch welche die Geltendmachung des Anspruchs dauernd ausgeschlossen wurde,

b) wenn es im fünften Buch, II. Abschnitt, II. Titel als Ueberschrift der No. V den Ausdruck „Aufschiebende Einrede" wählt.

Mit dieser Ausdrucksweise will sich das Gesetzbuch der Terminologie der bisherigen Lehre anschliessen, die peremptorische und dilatorische Einrede unterschied. Das bezeugen uns auch die Motive.[2]) Auf der einen Seite

[1]) A. a. O., S. 41.

[2]) I, S. 313 und 360.

werden wir also uns des Ausdrucks „aufschiebende Einreden“ bedienen müssen. Für das Beiwort „peremptorisch“ wählen wir aber mit Friedenthal (S. 38) lieber den deutschen Ausdruck „ausschliessend“, als die Bezeichnung „zerstörend“, die die Motive gebrauchen; denn ersterer gibt das Wesen der peremptorischen Einrede, wie es uns erscheint, entsprechender wieder als letzterer.

2. Von einzelnen Einreden nennt das B. G. B. in § 202, II ausdrücklich die folgenden:

a) die Einrede des Zurückbehaltungsrechts (§§ 273, 1000);
b) die Einrede des nicht erfüllten Vertrages (§§ 320/21);
c) die Einrede der mangelnden Sicherheitsleistung (§§ 258, 811, II, 867, II, 1005);
d) die Einrede der Vorausklage (§§ 771—73);
e) die Einrede des Bürgen nach § 770;
f) die dem Erben nach §§ 2014/15 zustehenden Einreden.

Weitere Fälle sind im Gesetzbuch nicht als Einreden bezeichnet, während der Entwurf I noch im § 182 ausdrücklich von der Einrede der Verjährung sprach.

III. Es ist nun zuzusehen, ob sich aus den angeführten Bestimmungen des Gesetzes, allein oder in Verbindung mit noch andern, ein fester Begriff der Einrede oder wenigstens ein bestimmtes Begriffsmerkmal gewinnen lässt. Da ergibt sich denn folgendes Resultat:

Vergleicht man die Ueberschrift „Aufschiebende Einreden“ mit den Bestimmungen der unter sie fallenden §§ 2014, 15, sowie den § 202, II mit den von uns ad II, 2a—f, angeführten Paragraphen, so zeigt sich, dass das B. G. B. Fälle, in denen eine Person berechtigt ist, eine Leistung vorübergehend zu verweigern, zuweilen als Einreden schlechthin, zuweilen auch als „aufschiebende Einreden“ bezeichnet.

Dies Ergebnis wird noch dadurch bestätigt, dass in § 202, II die dort angeführten Einreden als Ausnahmen von der Regel des § 202, I hingestellt werden, dass ein

Recht, vorübergehend Leistung zu verweigern, die Verjährung hemmt.

Hiernach lässt sich nun zunächst nur feststellen, dass das B. G. B. die angeführten Fälle der aufschiebenden Einrede unter die Rechte, Leistung vorübergehend zu verweigern, rechnet.

Aber auch bezüglich der ausschliessenden Einrede kommen wir nur zu einem ähnlichen, keinem weitergehenden Schlusse.

Ein gesetzliches Beispiel der ausschliessenden Einrede lässt sich aus den Bestimmungen des B. G. B. herauslesen:

Ein Vergleich des zweiten Satzes des § 813, I mit dem ersten Satze einer- und dem § 222, I und II anderseits lässt erkennen, dass das Recht des Verpflichteten, „nach der Vollendung der Verjährung die Leistung (ergänze dauernd) zu verweigern“ (§ 222, I), als eine „Einrede, durch welche die Geltendmachung des Anspruchs dauernd ausgeschlossen wird“ (§ 813, I, Satz 1) zu charakterisieren ist. Nicht aber können wir uns hiernach ohne weiteres zu der Folgerung berechtigt erachten, dass jedes Recht, eine Leistung (dauernd) zu verweigern, nach B. G. B. eine ausschliessende Einrede ist.

Die Bestimmungen des B. G. B. liefern uns also streng genommen als Ausbeute nur den Satz, dass alle vom Gesetzbuche ausdrücklich als solche bezeichneten Einreden Leistungsverweigerungsrechte sind. Sie lassen uns hingegen im Unklaren darüber, ob das B. G. B. nicht auch zuweilen von dem Rechte, Leistung zu verweigern, spricht, wo es keine Einrede im Sinne hat, und ob es nicht auch Einreden kennt, die keine Leistungsverweigerungsrechte sind.

Immerhin lässt es der konstante Sprachgebrauch des B. G. B. mehr als wahrscheinlich erscheinen, dass das Gesetzbuch den Ausdruck „Recht, die Leistung zu verweigern“, als einen technischen betrachtet wissen will, der den Inhalt des Begriffes „Einrede“ im wesentlichen wiedergibt, und mit dem es diesen Begriff umschreibt, wenn es

ihm angemessen scheint.[1]) Die Materialien des Gesetzes, Motive[2]) und Protokolle,[3]) bestätigen noch diese Annahme, und so wird man wohl den Begriff der Einrede im Sinne des B. G. B. auf der Grundlage ihrer Bezeichnung als „Leistungsverweigerungsrecht" aufbauen dürfen und, mangels eines sichereren Fundaments, auch müssen.

Im Laufe der weiteren Darstellung wird es sich nun zu erweisen haben, ob sich dabei ein brauchbarer Begriff erzielen lässt.

---

[1]) Es ändert natürlich nichts an dem hier Gesagten, wenn vom B. G. B. für das abstrakte „Leistung" das konkrete Tun oder Lassen in dem die Leistung besteht, in den betreffenden Einzelfällen gesetzt wird.

[2]) I, S. 359, II.

[3]) Prot. zum zweiten Entw., S. 216, 233.

§ 7.

Die Einrede (= Leistungsverweigerungsrecht) als Gegenrecht.

Nachdem wir in § 6 nachgewiesen haben, dass die Einrede im Sinne des B. G. B. als das Recht, Leistung zu verweigern, anzusehen ist, haben wir nunmehr zu untersuchen, was denn das Gesetzbuch unter dem Begriff des „Leistungsverweigerungsrechtes" versteht.

I. Zunächst deutet uns der Wortteil „Recht" an,

1. dass wir es mit einem materiellrechtlichen Gebilde zu tun haben, so dass also „Einrede" im B. G. B. statt „Einrederecht" steht. Es handelt sich demnach nicht um die prozessuale Handlung des „Einredens", sondern um Tatbestände, die das Gesetz sich als gegeben vorstellt, um an sie die Gewährung des Rechts, Einrede zu erheben, zu knüpfen.

Die Frage, ob wir in dem Einrederecht ein subjektives Recht vor uns haben, kann erst später erörtert werden. Hier sei nur so viel darüber gesagt, dass der Wortteil „—recht" jedenfalls nicht zu der Annahme eines solchen zwingt. Das geht aus den Protokollen, Band I, S. 134, hervor, wo dem Anfechtungsrecht die Eigenschaft eines subjektiven Rechts von der Kommission abgesprochen wird, ohne dass ihr hier oder später im Gesetzbuch die Bezeichnung „Anfechtungsrecht" anstössig gewesen wäre.

2. Die Bezeichnung der Einrede als „Recht" (gleichgültig, ob im Sinne von „subjektives Recht" oder nicht) gibt uns aber noch weitere Aufschlüsse über ihren Charakter.

Schon im vorigen Paragraphen haben wir festgestellt, dass das B. G. B. den Ausdruck „Leistungsverweigerungsrecht" technisch gebraucht, dass es also mit ihm etwas

Besonderes bezeichnen will. Nun wird zwar der Laie von einem Recht, Leistung zu verweigern, auch sprechen,[1]) wenn es eines solchen gar nicht bedarf, weil es an einem Rechte, Leistung zu fordern, fehlt; das Gesetzbuch aber will dadurch, dass es der Einrede Rechtsqualität zuschreibt, zum Ausdruck bringen, dass es dem freien Willen des Berechtigten anheimgestellt sein soll, ob ein an und für sich bestehendes Leistungsforderungsrecht Befriedigung finden solle oder nicht.

Dass dem so ist, geht aus verschiedenen Bestimmungen des B. G. B. hervor.

So statuiert z. B. § 202, I eine Hemmung der Verjährung, solange der Verpflichtete vorübergehend zur Verweigerung der Leistung berechtigt ist. Der Verjährung unterliegen nun aber nur bestehende Ansprüche (§§ 194, 198); ein solcher muss also vorhanden sein, wenn überhaupt von Verjährung soll gesprochen werden können, also auch dann, wenn von ihr ausgesagt wird, sie sei gehemmt. Ein Anspruch liegt demnach auch vor, „solange der Verpflichtete vorübergehend zur Verweigerung der Leistung berechtigt ist". Derselbe Anspruch aber ist es auch, wie weiter unten gezeigt werden soll, gegen den das Leistungsverweigerungsrecht gerichtet ist.

Für uns genügt es zunächst, daraus den Schluss zu ziehen, dass der Anspruch jedenfalls bis zur Ausübung der Einrede bei Bestand sein muss.

Von wesentlicher Bedeutung für unsre Frage scheint uns ferner der Umstand zu sein, dass das Gesetzbuch sich in vielen Fällen, wo es sich um die Abwehr von Leistungsforderungen handelt, des Ausdrucks: „der Anspruch ist ausgeschlossen" oder ähnlicher Wendungen bedient, die alle besagen sollen, dass ein Anspruch überhaupt nicht vorhanden sei, so dass die Gewährung eines besonderen Rechts, Leistung zu verweigern, überflüssig erscheint. (Vergl. hierzu bezüglich des Ausdrucks: „der Anspruch ist ausgeschlossen"

[1]) Leonhard, a. a. O., S. 220.

die §§ 340, I, S. 2; 527, II; 529; 654; 861, II; 862, II. Aehnliche Wendung z. B. in § 1354, I). Auch durch die Motive[1]) wird unsre Annahme bestätigt: Nach ihnen sind „Einreden im Sinne des materiellen Rechts nur solche Umstände, welche die Befugnis gewähren, die Befriedigung eines Anspruchs verweigern zu dürfen, obwohl der Anspruch an und für sich besteht — —; gegen ein nicht oder nicht mehr vorhandenes Recht bedarf es materiell keiner Verteidigung", und weiter: „Es muss die Regelung zulässig sein, dass ein Umstand einen Anspruch nicht von Rechtswegen in seiner Entstehung hindert oder wiederaufhebt, sondern dem Verpflichteten nur die Möglichkeit gewährt, die Befriedigung des an und für sich begründeten Anspruchs . . . . verweigern zu dürfen."

Wir gelangen also zu folgenden Sätzen:

a) Die Einrede als Recht, Leistung zu verweigern, hat zur Voraussetzung, dass ein Recht, Leistung zu fordern, wenigstens bis zu ihrer Ausübung vollwirksam besteht.

b) Die Einrede kann von dem Berechtigten nach freiem Ermessen ausgeübt werden; es bedarf also ihrer ausdrücklichen Geltendmachung durch den Berechtigten, damit das Leistungsforderungsrecht, dem sie entgegentritt, von ihr affiziert werde; die Geltendmachung kann aber auch unterbleiben, ja, sogar ein ausdrücklicher, einseitiger Verzicht ist möglich: Das Leistungsforderungsrecht bleibt dann vollwirksam bei Bestand.

II. Den Gegenstand des Leistungsverweigerungsrechtes bildet die „Leistung". Von dieser war schon weiter oben in § 3 ausführlicher die Rede, und zwar in ihrer Eigenschaft als Gegenstand des Anspruchs. Es zeigt sich also, dass Einrede und Anspruch auf das gleiche Objekt gerichtet sind. Während aber der Anspruch das Recht ist, Leistung zu verlangen (vergl. § 194 mit § 241 B. G. B.), stellt sich die Einrede als das Recht, Leistung zu verweigern, dar. Die Richtung beider Befugnisse ist also nicht die

[1]) I, S. 359.

gleiche, sondern die entgegengesetzte. Von Leistungsverweigerung kann aber nur gesprochen werden, wenn eine Leistungsforderung in Betracht kommt, sei es, dass ein Leistungsforderungsrecht besteht, sei es, dass unberechtigterweise gefordert werde.

III. Ein Recht, Leistung zu verweigern, hat aber, wie wir oben ad I, 2 dargelegt haben, ein Recht, Leistung zu fordern, also einen Anspruch, zur Voraussetzung.

Das B. G. B. kennt nun ein allgemeines Leistungsverweigerungsrecht nicht, sondern einem bestimmten konkreten Anspruche lässt es ein bestimmtes, konkretes Einrederecht gegenübertreten. An das Bestehen dieses Anspruches ist also auch das Dasein der Einrede gebunden. der Untergang des ersteren hat auch das Erlöschen der letzteren zur Folge.

IV. Mustern wir nun die Merkmale, die wir in diesem Paragraphen an der Einrede (als Leistungsverweigerungsrecht) nachgewiesen haben, so zeigt sich, dass es dieselben sind, die, wie weiter oben festgestellt worden ist, den Gegenrechten eigentümlich sind.

Die Einreden können also zu den Gegenrechten, die den umfassenderen Begriff darstellen, gerechnet werden; auch sie sind also als Abwehrmittel gegen Ansprüche (aber nie gegen Rechte) zu bezeichnen, die bis zu ihrer Geltendmachung durch den Berechtigten die Ansprüche im grossen Ganzen vollwirksam bestehen lassen.

Wenn unsere Ausführungen in § 4 richtig waren, so muss sich auch ergeben, dass die Einrede als Gegenrecht ein „Recht des rechtlichen Könnens“ und ein subjektives Recht ist. Dieser Nachweis kann aber erst weiter unten geführt werden, wenn von den Wirkungen der Einrede die Rede gewesen sein wird.

§ 8.

Einrede und Anspruch.

Im vorigen Paragraphen haben wir die Eigenschaften der „Einrede als Gegenrecht“ aufgezählt. Diese hat sie mit anderen zu den Gegenrechten gehörenden Gebilden, den Rechtsvernichtungsrechten, zu denen auch das Anfechtungsrecht gehört, gemeinsam. Sie sind daher keine spezifischen Merkmale der Einrede.

Im folgenden haben wir uns nun mit den Kriterien des Einredebegriffes zu beschäftigen.

Eines von ihnen musste allerdings schon in § 7 erwähnt werden: Die Richtung der Einrede gegen den Anspruch. Das war erforderlich, weil wir von den Gegenrechten ausgesagt hatten, dass sie sich gegen Ansprüche oder Rechte wendeten: Die Richtung der Einrede gegen eine von diesen Kategorien oder gegen beide musste also festgestellt werden, um zu zeigen, dass das Leistungsverweigerungsrecht ein Gegenrecht sei.

Dass die Einrede sich nur gegen Ansprüche, nie aber gegen Rechte wendet, bedarf hier noch einer besonderen Hervorhebung. (Unter No. I.)

Weiter haben wir der Frage näherzutreten, ob sich die Einrede gegen alle Ansprüche schlechthin richten kann, oder ob gewisse Arten von Ansprüchen nicht einredebehaftet sein können. (Unter No. II.)

Ferner muss schon im Zusammenhange dieses Paragraphen darauf hingewiesen werden, dass die Einreden selbst keine Ansprüche sind, was allerdings erst später endgültig bewiesen werden kann, dass wohl aber eine Einrede auf einem Anspruch beruhen kann. Daran wird sich passenderweise eine Aufzählung auch der anderen Tat-

bestände schliessen, auf denen Einreden beruhen können. (Unter No. III.)

Endlich sind Anspruch und Einrede noch hinsichtlich etwaiger zeitlicher Gebundenheit zu vergleichen. (Unter No. IV.)

I. Die Einrede wendet sich nur gegen Ansprüche, während sie die diesen zugrunde liegenden Rechte und Rechtsverhältnisse, soweit sie mit den Ansprüchen nicht identisch sind, unberührt lässt.

a) Von Bedeutung ist dieser Satz einmal bei den Ansprüchen aus absoluten Rechten, denn bei diesen decken sich Anspruch und Recht nicht. Das dingliche Recht bleibt hier unberührt von einer Einrede, die einem aus ihm hervorgegangenen Anspruche entgegengesetzt wird. Insbesondere gilt dies auch von der Einrede der Verjährung. Bei dieser bestimmt das Gesetz (§ 194) ausdrücklich, dass nur Ansprüche von ihr berührt werden.

b) Entspringen aus einem Rechtsverhältnisse mehrere Ansprüche, und steht nur einem von ihnen eine Einrede entgegen, so bleibt das Rechtsverhältnis mitsamt den auf ihm beruhenden Ansprüchen völlig intakt, mit einziger Ausnahme des einredebehafteten Anspruchs.

II. Grundsätzlich gibt es Einreden gegenüber allen Ansprüchen. Es macht keinen Unterschied, ob diese auf obligatorischen, dinglichen, familien- oder erbrechtlichen Rechtsverhältnissen beruhen.

Folgende Einschränkungen sind aber zu machen:

1. In § 3 hat sich ergeben, dass es auch klaglose Ansprüche gibt, d. h. solche, bei denen die Möglichkeit einer gerichtlichen oder aussergerichtlichen Anforderung ausgeschlossen erscheint. Es liegt in der Natur der Sache, dass es diesen gegenüber auch keine Einreden geben kann, da, wie wir schon betont haben, eine Leistungsverweigerung nur da einen Sinn haben kann, wo eine Leistungsanforderung in Betracht kommt.

Damit steht im Einklange, dass, wie schon weiter oben festgestellt worden ist, die klaglosen Ansprüche der Verjährung nicht unterliegen.

Keine Einreden gibt es also Ansprüchen gegenüber, die auf ein dauerndes Verhalten oder auf ein solches, welches von einem bestimmten Termin bis zu einem bestimmten Termin geschuldet wird, oder endlich auf eine Leistung, die zu einem bestimmten Termin zu erfolgen hat, gerichtet sind.

Dieser Satz gilt jedoch nicht, soweit Klagen auf künftige Leistung möglich sind (§§ 257—259 C.-Pr.-O. 862, I, Satz 2; 1004, I, Satz 2 B. G. B.).

2. Wir unterschieden in § 3 fällige und nichtfällige Ansprüche.

Nun wird von manchen behauptet, dass es nur gegenüber fälligen Ansprüchen Einreden gebe.

Soweit diese Behauptung sich auf die Ansicht stützt, dass Fälligkeit und Entstehen des Anspruchs gleichbedeutend seien,[1]) müssen wir ihre Richtigkeit zugeben; wenn aber auch solche Schriftsteller, die das Vorkommen nichtfälliger, d. h. endgültig entstandener, aber noch nicht geltend zu machender Ansprüche annehmen, die Möglichkeit bestreiten, dass diesen Einreden gegenüberstehen können, so müssen wir dagegen Widerspruch erheben.

Nach unserer Auffassung der Nichtfälligkeit von Ansprüchen (im Sinne des B. G. B.) ist sie es gerade, die durch die (aufschiebenden) Einreden geltend gemacht wird. Eine Nichtfälligkeit nichtsdestoweniger entstandener Ansprüche, die wirksam wäre, ohne dass sich der Berechtigte auf sie berufen hätte, kennt dagegen das Gesetzbuch nicht.

Falsch wäre es nun unseres Erachtens auch, wollte man einen Anspruch als nichtfällig erst dann bezeichnen, wenn die Einrede, mit der er behaftet ist, vom Berechtigten geltend gemacht worden ist. Das Beiwort „nichtfällig" verdient der Anspruch vielmehr schon, während ihm die Einrede bloss der objektiven Rechtslage nach gegenübersteht, ohne dass jedoch mit dieser Bezeichnung schon in diesem Stadium eine materielle Eigenschaft des Anspruchs ausgedrückt würde.

[1]) So Hölder, a. a. O., S. 423.

Nach der Geltendmachung der Einrede tritt allerdings, wie wir noch sehen werden, eine Nichtfälligkeit des Anspruchs ein, die eine materielle Eigenschaft desselben bedeutet, weiterhin also ohne neuerliche Berufung auf sie wirkt und im Prozess daher von Amtswegen berücksichtigt werden muss.

Hiernach ist also nochmals besonders den Ausführungen Geiers gegenüber zu betonen, dass es Einreden gegenüber nichtfälligen Ansprüchen gibt, ja dass sogar die aufschiebenden Einreden stets nichtfälligen Ansprüchen in dem beregten Sinne gegenübertreten, Nichtfälligkeit demnach nichts anderes bedeutet, als „Behaftetsein mit einer aufschiebenden Einrede".

Zwei Argumente, die Geier[1]) für seine Ansicht, dass es Einreden nur gegenüber fälligen Ansprüchen gebe, ins Feld führt, seien schliesslich noch widerlegt.

Geier führt folgendes aus:

„In § 273 wird ausdrücklich hervorgehoben, dass für den Schuldner ein fälliger Anspruch erforderlich ist, wenn ihm eine Einrede zustehen soll. Hat aber der Schuldner einen fälligen Anspruch, so muss der Anspruch des Gläubigers, dem gegenüber das Retentionsrecht ausgeübt werden soll, erst recht fällig sein."

Hierauf ist Geier zu erwidern:

Einmal spricht § 273 doch nicht von der Einrede im Allgemeinen, sondern nur von der besonderen des Zurückbehaltungsrechtes.

Davon aber abgesehen, vermögen wir nicht zu begreifen, weshalb daraus, dass das B. G. B. auf der Schuldnerseite einen fälligen Anspruch verlangt, folgen solle, dass auch auf der Gläubigerseite ein solcher vorhanden sein müsse. Es scheint uns vielmehr durchaus möglich, dass z. B. einem gestundeten Anspruch gegenüber ein Zurückbehaltungsrecht geltend gemacht wird.

[1]) A. a. O. S. 24.

Weiter heisst es bei Geier:

„Ganz schlagend ist m. E. § 390. Denn wäre der Forderungsanspruch, dem die Einrede gegenübersteht, nicht fällig, so käme die Möglichkeit der Aufrechnung mit ihm gar nicht in Betracht.“

Dem ist entgegenzuhalten:

„Eine Forderung, der eine[1]) Einrede entgegensteht“ (§ 390), ist nichtfällig, und zwar ist sie es nur dem Namen nach, solange die Einrede nicht ausgeübt worden ist, materiell aber erst, sobald das Leistungsverweigerungsrecht geltend gemacht worden ist. Von dem Zeitpunkt der Geltendmachung der Einrede an kann Leistung daher bis auf weiteres nicht mehr gefordert werden: Aufrechnung ist also nicht möglich (§ 387).

Vor der Geltendmachung der Einrede ist Leistungsforderung und damit Aufrechnung an sich aber sehr wohl möglich; § 390 statuiert aber eine ausnahmsweise Wirkung des unausgeübten Leistungsverweigerungsrechtes, von der noch später die Rede sein wird. § 387 und § 390 können also mit gutem Sinne nebeneinander bestehen, ohne dass man genötigt wäre, die Möglichkeit von Einreden gegenüber nichtfälligen Ansprüchen zu leugnen.[2]) [2a])

III. Durch die Geltendmachung einer Einrede wird keine Leistung verlangt, sondern vielmehr das Begehren einer Leistung zurückgewiesen. Daraus folgt, dass die Einrede selbst kein Anspruch ist.[3])

---

[1]) Ergänze für unseren Zweck: „aufschiebende“.

[2]) Soweit es Klagen auf künftige Leistung gibt, sind sogar Einreden gegenüber noch nicht entstandenen Ansprüchen möglich.

[2a]) Es sind also die nominell nichtfälligen Forderungen, von denen § 390 handelt. Aber selbst wenn man diesen die Bezeichnung „nichtfällig“ nicht zuerkennen wollte, so könnte doch daraus, dass § 390 nur für fällige Forderungen, denen Einreden gegenüberstehen, Geltung hätte, nicht geschlossen werden, dass Einreden überhaupt nur fälligen Ansprüchen entgegentreten können.

[3]) Davon wird, wie schon bemerkt, noch weiter unten ex professo zu handeln sein.

1. Mit diesem unbestrittenen Satz steht es aber nicht in Widerspruch, wenn wir behaupten, dass sehr wohl eine Einrede auf einem Anspruche beruheu, dass die Einrede „die defensive Geltendmachung eines Anspruchs des Beklagten gegen den Kläger“ [1]) sein kann.

Das Vorhandensein des Anspruchs ist hier der Tatbestand, an den die Rechtsordnung die Gewährung des Leistungsverweigerungsrechts knüpft.[2]) Aus der grossen Zahl von Einreden, die hierher gehören, verdienen die Fälle der §§ 478, 490, III, 821, 853 eine Hervorhebung. Aehnlich, wie der aus einem verjährten Anspruche Berechtigte das zur Befriedigung desselben Geleistete zurückzugewähren nicht verpflichtet ist (§ 222, II, B. G. B.), kann hier der aus einem verjährten Anspruche, der Nichtleistung zum Ziele hat, Berechtigte die Leistung verweigern, indem er den verjährten Anspruch einredeweise geltend macht.

Eine Besonderheit besteht auch in dem Falle des § 986. Der einredebehaftete und der mit der Einrede verbundene Anspruch sind hier nämlich auf einander kontradiktorisch entgegengesetzte Leistungen gerichtet.

Das durch die §§ 895/96 geregelte Rechtsverhältnis ist u. E. folgendermassen zu konstruieren:

§ 985 gewährt dem nichtbesitzenden Eigentümer einen Anspruch auf Herausgabe gegen den Besitzer, gleichgültig, ob dieser ein Recht zum Besitz hat oder nicht. Der zum Besitz berechtigte Besitzer dagegen, z. B. der Mieter einer Sache, hat

1. einen Anspruch gegen den Eigentümer aus dem Mietsvertrag auf Besitzbelassung. Dieser Anspruch ist, da er auf ein Unterlassen (Dulden) geht, klaglos;

2. steht ihm nach dem Wortlaut des § 986[3]) eine Einrede gegen den Herausgabeanspruch des Eigentümers zu.

[1]) So Zitelmann, B. G. B., Allg. Teil, S. 31.

[2]) So z. B. bei der Einrede des nichterfüllten Vertrages (§ 320) und bei der des Zurückbehaltungsrechts (§§ 273 und 1000).

[3]) „Der Besitzer kann die Herausgabe der Sache verweigern . . .“

Besonders hervorzuheben ist, dass der Eigentümer dem zum Besitz berechtigten Mieter gegenüber seinerseits kein Besitzrecht, sondern, wie gesagt, nur einen einredebehafteten Herausgabeanspruch hat. Hiernach erscheint der Einwand Friedenthals[1]) hinfällig, dass man bei der Auffassung des § 986, die sich der Verfasser zu eigen gemacht hat, zwei selbständige Besitzrechte auf dieselbe Sache annehmen müsste, was natürlich absurd wäre.[2]) Zwei Ansprüche auf kontradiktorisch entgegengesetzte Leistungen erscheinen aber nicht unvereinbar, wofern nur einer von diesen Ansprüchen, wie in unserem Falle, klaglos ist, als Einrede aber dem anderen Anspruch entgegengestellt werden kann.[3])

2. Eine Gruppe für sich bildet die Einrede des § 2083, B. G. B. In ähnlicher Weise, wie in den Fällen der §§ 478, 490, II, 821 und 853 eine Einrede auf einem Anspruch beruht, ist hier eine solche mit einem Anfechtungsrechte verbunden, derart nämlich, dass das Leistungsverweigerungsrecht sogar nach Ablauf der für die Anfechtung vorgesehenen Ausschlussfrist des § 2082, II, noch geltend gemacht werden kann. Auf diesen Fall wird noch in § 13 C., 3, näher einzugehen sein.

3. Eine dritte Gruppe von Einreden endlich beruht auf selbständigen Tatbeständen, deren rechtliche Wirksamkeit in der Erzeugung der betreffenden Einreden aufgeht. Beispiele: Die Einrede der Verjährung (§ 220, I) und die Einrede der nachträglichen Stundung (§ 202, I).

IV. Ansprüche unterliegen der Verjährung. Gegenrechte dagegen sind entweder an eine Ausschlussfrist ge-

---

[1]) A. a. O., S. 42 f.

[2]) Vergl. oben § 3.

[3]) Gleicher Ansicht wie der Verfasser: Cosack, a. a. O., S. 260, Enneccerus, Das Bürgerliche Recht I, S. 291; von der Gröben, a. a. O., S. 36 ff., Suppes, a. a. O., S. 50 ff.

Der letztgenannte erklärt die Bestimmung des § 986 zwar für wenig angemessen, aber für immerhin beachtlich und theoretisch unangreifbar. A. M. ausser Friedenthal: Matthiass, a. a. O., S. 308, Anm. 1.

bunden, wie die Rechtsvernichtungsrechte, insbesondere das Anfechtungsrecht, oder es gibt bei ihnen überhaupt keine zeitliche Beschränkung, wie bei den Einreden. Die letzteren unterliegen vielmehr nur den natürlichen Erlöschungsgründen, als da sind: Untergang des Anspruchs, dem sie entgegenstehen; Verzicht durch den Berechtigten; Fortfall ihrer materiellen Grundlage, z. B. Untergang des Anspruchs, den sie verteidigungsweise geltend machen.[1])

[1]) v. d. Gröben, a. a. O. S. 33, kennt eine Verjährung derjenigen Einreden, die einen Anspruch einredeweise geltend machen, denn nach ihm sind „auch Ansprüche als Gegenrechte Einreden". U. E. bildet der Anspruch nur die Grundlage der Einrede, nur er unterliegt auch der Verjährung. Natürlich bildet ein verjährter Anspruch auch keine wirksame Grundlage einer Einrede mehr.

§ 9.

Wirkung der Geltendmachung der Einrede.

In § 7 ist davon die Rede gewesen, dass die Einrede bis zu ihrer Geltendmachung durch den Berechtigten keine Wirkung auf den Anspruch, dem sie entgegensteht, ausübt.

Diese Regel erleidet gewisse Ausnahmen, die kraft positiver Gesetzesvorschrift bestehen und sich aus praktischen Gründen rechtfertigen.[1]) Durch ihr blosses „Gegenüberstehen der objektiven Rechtslage nach“[2]) bringt in diesen Fällen die Einrede gewisse Rechtswirkungen hervor. Friedenthal[3]) bezeichnet sie als „Vorauswirkungen“, Zitelmann[4]) als „Wirkungen des Bestehens des Einrederechts an sich“. Mit Recht weist aber der letztgenannte Autor darauf hin, dass man diese Wirkungen nicht zum Inhalt des Einrederechts rechnen dürfe, dass ihnen vielmehr ihre Unabhängigkeit von dem Willen des Einredeberechtigten exzeptionellen Charakter verleiht. Aus diesem Grunde erübrigt es sich auch, im Rahmen dieser Arbeit im einzelnen auf diese Ausnahmewirkungen einzugehen. Einige von ihnen sind jedoch auch für die Erkenntnis der regelmässigen Einredewirkung von Bedeutung; von diesen wird weiter unten noch die Rede sein müssen. Beispiele von Vorauswirkungen enthalten die §§ 390, 813 I, 886, 202 I, 1169, 1254.

Hier nun ist zunächst auf die zu dem Inhalt des Einrederechts gehörenden Wirkungen der Ausübung der Einrede einzugehen.

[1]) Der mit dauernder Einrede behaftete Anspruch hat zwar rechtlichen Bestand, erscheint aber als wirtschaftlich wertlos. (So v. d. Gröben, a. a. O., S. 26.)

[2]) Endemann.

[3]) A. a. O. S. 63.

[4]) A. a. O. S. 30.

Auf den ersten Blick möchte es nun vielleicht angemessener erscheinen, vorher noch von der Form der Einredeausübung zu handeln. Da die Stellungnahme des Verfassers zu den auf die Ausübung bezüglichen Streitfragen aber wesentlich bedingt ist durch seine Auffassung der Einredewirkung, glaubt er zunächst diese auseinandersetzen zu sollen.

Das Verweigern der Leistung bildet den Inhalt des Einrederechts. Erst durch die Handlung des Verweigerns tritt die Einrede in materielle Beziehung zu dem gegnerischen Anspruch, bringt sie die ihr wesentliche Wirkung hervor. Worin diese Wirkung besteht, ist bestritten. Drei Möglichkeiten sind gegeben:

1. Der einredebehaftete Anspruch wird durch die Geltendmachung der Einrede vernichtet.

2. Die Leistungsverweigerung lässt den Anspruch bei Bestand und weist nur die jeweilige Leistungsforderung des Gegners für den Augenblick zurück.

3. Die Leistungsverweigerung versetzt den Gegenanspruch in einen dauernden Hemmungszustand.[1])

A. Der Verfasser möchte die letztgenannte Ansicht vertreten.

a) Er stellt sich nämlich die Wirkung der Einredeausübung folgendermassen vor:

Das Leistungsverweigerungsrecht, das vor seiner Geltendmachung dem gegnerischen Anspruche nur „der objektiven Rechtslage nach“ gegenübergestanden hat, versetzt durch seine Geltendmachung den Anspruch, ohne ihn zu vernichten, in einen Zustand dauernder materieller Gebundenheit.

Der in dem Anspruche aufgespeicherten Energie der Durchsetzung tritt mit der Ausübung der Einrede ein Widerstand entgegen, der ihre Betätigung hemmt.

---

[1]) Vergl. über die Bedeutung der „Anspruchshemmung“ auch unsre Ausführungen in § 3 unter ad 1. a.

Der Anspruch kann also, solange der Widerstand nicht behoben ist, nicht geltend gemacht werden. Sobald er aber beseitigt ist, z. B. durch Widerrufung der Einredegeltendmachung oder durch Fortfall der materiellen Grundlage der Einrede, wird die Energie des Anspruchs von selbst wieder frei, ohne dass es einer neuerlichen Setzung des ihn begründenden Tatbestandes bedürfte.[1])

Diese Konstruktion der Einredewirkung macht es auch erforderlich, die Einrede durch den Akt der Geltendmachung nicht erlöschen zu lassen.

Mit der Wendung: Dauerwirkung durch Dauereinwirkung lässt sich am deutlichsten die Lage nach erfolgter Leistungsverweigerung kennzeichnen.

Wollten wir mit Geier nur eine Momenteinwirkung annehmen, so würde es für uns unverständlich sein, dass das B. G. B. (z. B. in § 202 I) ein auch noch während des Hemmungszustandes bestehendes Leistungsverweigerungsrecht kennt.

b) Die aufschiebende Einrede macht, wie schon in § 8 erwähnt wurde, u. E. stets Nichtfälligkeit geltend.[2]) Dem Zustand vor der Geltendmachung der Einrede entspricht unsre „Nichtfälligkeit nur dem Namen nach", der Hemmungszustand dagegen deckt sich mit der eigentlichen materiellen Nichtfälligkeit.

Das Gesagte gilt insbesondere auch für die Stundung, d. h. den Fall der auf Vertrag beruhenden Nichtfälligkeit, und für den Fall der Besitzrechtseinrede des § 986, B. G. B.

„Ueberall wird hier die Geltendmachung eines Forderungsrechts oder dinglichen Anspruchs bis zum Eintritt eines bestimmten Ereignisses aufgeschoben, ohne dass die Entstehung des Anspruchs selbst verzögert würde.[3])

Andrer Meinung sind Friedenthal,[4]) Geier[5]) u. a. Sie

[1]) Vergl. Planck, a. a. O., S. 49.
[2]) Derselben Ansicht Endemann, a. a. O., S. 519, Anm. 45.
[3]) Endemann, a. a. O.
[4]) A. a. O. S. 43 f.
[5]) A. a. O. S. 24 f.

machen geltend, dass die Behauptung der Stundung oder eines Besitzrechtes gegenüber dem Herausgabeanspruch des Eigentümers im Prozess ein Bestreiten des Klagegrundes, aber keine rechtshemmende Einwendung[1]) bedeute. Bezüglich der Besitzrechtseinrede haben wir schon weiter oben diese Ansicht zu widerlegen gesucht; aber auch den Fall der Stundung hat das B. G. B. unsers Erachtens in § 202, I in der Weise geregelt, dass der Forderungsberechtigte einen zunächst nur dem Namen nach nichtfälligen Anspruch hat, der erst durch Geltendmachung der Stundungseinrede zu einem materiell nichtfälligen wird.[2]) Derselben Ansicht wie der Verfasser ist u. a. auch Planck,[3]) a. M. Matthiass,[4]) vergl. auch die Motive[5]) und die Protokolle.[6])

c) Für die ausschliessenden Einreden des B. G. B. gilt dasselbe wie für die aufschiebenden. Auch sie hemmen nur den Anspruch (wenn auch dauernd), vernichten ihn aber nicht. Dies ist jedenfalls die Auffassung, die sich das B. G. B. zu eigen gemacht hat. (Vergl. besonders den Sprachgebrauch des Gesetzbuches in § 813, I.) Von zahlreichen Schriftstellern wird nun behauptet, dass die theoretische Konstruktion zu einem dem widersprechenden Resultate gelange.

Nun scheint allerdings die Wirkung der Einredeausübung, die § 813, I bestimmt, nämlich dauernde Ausschliessung der Geltendmachung des Anspruchs, auf den ersten Blick gleichbedeutend zu sein mit seiner Vernichtung. Gehört doch die Möglichkeit sofortiger oder wenigstens zukünftiger Geltendmachung, wie oben in § 3 unter ad 1, a ausgeführt worden ist, zu den Merkmalen des nicht klaglosen Anspruchs.[7]) Bedeutet nun aber die „dauernde Ausschliessung"

[1]) Näheres über die Einrede im Prozess unten in § 11.

[2]) Die Stundung ist nach B. G. B. im Prozess nicht von Amtswegen zu berücksichtigen.

[3]) A. a. O. S. 253.

[4]) A. a. O. S. 308, Anm. 1.

[5]) I, S. 314.

[6]) I, S. 217.

[7]) Dieser kommt hier allein in Betracht.

der Geltendmachung des Anspruchs wirklich, dass dieser niemals wieder geltend gemacht werden kann? Das ist u. E. zu verneinen. Die „dauernde Ausschliessung" bedeutet vielmehr nur, dass im Gesetz kein besonderes Ereignis, kein besonders bestimmter Zeitpunkt als Endpunkt für die Einrede festgesetzt ist. Dagegen kann der mit einer peremptorischen Einrede behaftete Anspruch jederzeit durch Verzicht des Leistungsverweigerungsberechtigten auf die Einrede seine volle Kraft wiedergewinnen. Die peremptorische Einrede schliesst also die Möglichkeit künftiger Geltendmachung des Anspruchs durchaus nicht aus, sie macht sie nur von dem Verzicht des Schuldners auf seine Einrede abhängig. Die Ansicht des Verfassers teilt insbesondere Suppes.[1])

B. Auf dem Standpunkte, dass die Einrede nur die jeweilige Geltendmachung des Anspruchs zurückweist, ohne diesen selbst in einem besonderen Dauerzustand zu versetzen, steht Friedenthal. Er nimmt also nur Momentanwirkung der Einredeausübung an. Das führt ihn zu Konsequenzen hinsichtlich der Wirkung des wegen Einrede abweisenden Urteils und der Art der Einredeausübung, denen wir uns, wie weiter unten auszuführen sein wird, nicht anschliessen können.

C. Die Ansicht, dass durch die Geltendmachung der Einrede der gegnerische Anspruch vernichtet wird, wurde für das gemeine Recht hauptsächlich von Lenel und Heymann vertreten, für das Recht des B. G. B. hält Hölder, Kommentar S. 406 f., sie aufrecht.

a) Schon in § 5 ist davon die Rede gewesen, dass die genannten aus Gründen der Logik die Möglichkeit eines bestehenden, aber in seiner Wirksamkeit gehemmten Anspruchs bestreiten. Schon dort wurde betont, dass demgegenüber nach des Verfassers Ansicht, Plancks Bemerkung beizustimmen sei, dass diese Bestreitung mehr „das Wort als die Sache" treffe.

b) Wie man aber auch de lege ferenda über den Begriff der durch Einredeausübung verursachten Hemmung

[1]) A. a. O. S. 14 f.

urteilen möge, nach B. G. B. ist jedenfalls die von uns ad A vertretene Konstruktion der Einredewirkung aufrechtzuhalten, denn aus verschiedenen Bestimmungen des Gesetzbuches geht hervor, dass es den Anspruch nicht als durch die Einredeausübung untergegangen betrachtet wissen will:

α) § 202, I statuiert eine Hemmung der Verjährung, „solange der Verpflichtete . . . . . zur Verweigerung der Leistung berechtigt ist", es nimmt also das Vorhandensein eines Anspruchs während dieser Frist an; einen Teil der letzteren bildet aber auch die Zeit nach Ausübung der Einrede.

β) Die Fassung des § 813, I, B. G. B.: „Das zum Zwecke der Erfüllung einer Verbindlichkeit Geleistete kann auch dann zurückgefordert werden, wenn dem Anspruche eine Einrede entgegenstand, durch welche die Geltendmachung des Anspruchs dauernd ausgeschlossen wurde", [1]) lässt erkennen, dass sogar die peremptorische Einrede nach der Auffassung des Gesetzbuches den Anspruch nicht vernichtet, sondern nur in seiner Wirkung dauernd hemmt.

γ) Von den Argumenten, die v. d. Gröben[2]) gegen die Höldersche Ansicht ins Feld führt, erscheint vor allem dasjenige beachtenswert, durch welches geltend gemacht wird, dass die in den §§ 478, 821, 853 B. G. B. gewährten Ansprüche auf Aufhebung einer Verbindlichkeit überflüssig wären, wenn die neben ihnen gegebenen Einreden die von Hölder behauptete anspruchsvernichtende Kraft hätten.

Die Art und Weise der Einredeausübung können wir dagegen nicht, wie v. d. Gröben es tut, gegen Hölder anführen, da wir in Uebereinstimmung mit dem letzteren weder gerichtliche noch reaktionsweise Vorschützung der Einrede fordern.

[1]) Diese Fassung enthält übrigens eine Ungenauigkeit. Die ausschliessende Einrede wäre besser formuliert worden als Einrede, durch deren Geltendmachung des Anspruchs dauernd ausgeschlossen wird. Vergl. Hölder, Friedenthal, Geier.

[2]) A. a. O. S. 28 ff.

δ) Mit unsrer Auffassung stimmt es auch überein, dass, wer einen Anspruch befriedigt hat, obwohl er sich bewusst ist, dass ihm gegen denselben eine ausgeübte ausschliessende Einrede zusteht, das Geleistete nicht zurückfordern kann (§ 813 i. Vbdg. m. § 814), weil er keine Nichtsschuld erfüllt hat, dass ferner das zur Befriedigung eines verjährten Anspruchs Geleistete selbst dann nicht zurückgefordert werden kann, wenn die Leistung in Unkenntnis der Verjährung bewirkt worden ist.

Der Ausschluss des Rückforderungsrechts in den beiden hier erwähnten Fällen ist allerdings auch nicht als Argument gegen die Höldersche Ansicht zu verwenden, denn das Vorhandensein einer Verbindlichkeit noch nach der Ausübung der Einrede nötigt noch nicht zur Annahme einer Fortdauer des Anspruchs. Ebensowenig spricht allerdings gegen unsre Auffassung, dass nach § 813, I der Einredeberechtigte das Geleistete zurückfordern kann, wenn er in Unkenntnis der Einrede erfüllt hat. In der Regel wird dies ja nur dann der Fall gewesen sein, wenn die Einrede noch nicht geltend gemacht worden ist. Es handelt sich dann hier nicht um eine condictio wegen Erfüllung einer Nichtschuld, sondern um eine Ausnahme von der Regel, dass das zur Erfüllung einer Schuld Geleistete nicht zurückgefordert werden kann. Diese Ausnahme hat aber mit der Ausübung der Einrede nichts zu tun; sie stellt sich vielmehr als eine Wirkung des ehemaligen „blossen Bestehens des Einrederechts“ dar. Die Bestimmung des § 813, I ist jedenfalls nur Billigkeitsrücksichten entsprungen und berechtigt nicht zu irgend welchen Schlüssen bezüglich der theoretischen Konstruktion der Wirkung des Einredevorschützens.

Hölder bezeichnet übrigens die Einrede als Anfechtung eines Anspruchs und behandelt sie auch als solche.[1])

[1]) Kommentar des B. G. B. Allgemeiner Teil, S. 406 ff.; Anspruch und Klagerecht in Busch's Zeitschr. S. 70 ff.

Insbesondere schreibt er der Einredegeltendmachung rückwirkende Kraft zu, so dass der Satz gelten würde: Wird gegen einen einredebehafteten Anspruch die Einrede geltend gemacht, so ist der Anspruch als in dem Augenblick der Entstehung des Einrederechts vernichtet anzusehen (vergl. § 142, I. B. G. B.). Während aber das Gesetzbuch in § 142, I die rückwirkende Kraft der Anfechtung ausdrücklich normiert, trifft es für die Einrede keine derartige Bestimmung. Auch aus dem Wesen oder dem Zweck des Einrederechts folgt nicht die Notwendigkeit, eine solche ausserordentliche Wirkung anzunehmen, besonders dann nicht, wenn man nicht, wie Hölder, Vernichtung, sondern nur Hemmung des Anspruchs als Erfolge der Einredeausübung ansieht. Trotzdem spricht sich auch Hellwig[1]) für die rückwirkende Kraft nicht der peremptorischen, sondern auch der dilatorischen Einrede aus. Er meint, seine Ansicht durch die Bestimmung des § 813, I, B. G. B. bestätigt zu finden. Abgesehen davon aber, dass § 813, I sich nur auf die peremptorischen, nicht auf die dilatorischen Einreden bezieht, vermögen wir Hellwig darin nicht beizustimmen, dass in der Rückforderung des § 813 die Folge einer noch nach der Leistung vorgenommenen Leistungsverweigerung zu erblicken sei. Eine solche Annahme widerspricht dem Begriff „Leistungsverweigerung" und setzt sich darüber hinweg, dass der Anspruch durch seine Befriedigung untergeht, dass daher nach der Leistung eine Anspruchshemmung oder -Vernichtung gegenstandslos wäre. Dem entspricht auch, dass sich das Gesetz in dem Konditionalsatz „wenn . . . . wurde" des Imperfektums bedient. U. E. gewährt das B. G. B. das Rückforderungsrecht des § 813, I, wie schon weiter oben ausgeführt wurde, aus blossen Billigkeitsrücksichten, nicht aber auf Grund irgend welcher theoretischer Erwägungen.

Hellwig behauptet ferner (S. 250), dass die Einredeausübung auch die Verzugsfolgen rückwärts beseitige. Wir gelangen aber auch ohne die Annahme einer rückwirkenden Kraft der Einredegeltendmachung zu befriedigenden, wenn

[1]) Lehrbuch des D. C. Pr. R. S. 256.

auch von Hellwig abweichenden Ergebnissen. Zwei Fälle sind zu unterscheiden:

1. Der einredeberechtigte Schuldner wird von seinem Gläubiger gemahnt, nachdem er schon vorher den Anspruch durch Leistungsverweigerung gehemmt, d. h. zu einem (materiell-)[1])nichtfälligen gemacht hat. In diesem Falle ist die Mahnung überhaupt nicht wirksam, weil sie nicht „nach dem Eintritt der Fälligkeit" erfolgt ist (§ 284, I, B. G. B.). Es tritt also kein Verzug ein.

2. Die Mahnung erfolgt, ohne dass der Schuldner vorher von seinem Einrederecht Gebrauch gemacht hat. Hier kommt der Schuldner an sich in Verzug, weil der Anspruch, dem eine nichtausgeübte Einrede gegenübersteht, nur dem Namen nach nichtfällig ist, Nichtfälligkeit in § 284, I aber die materielle Eigenschaft des Anspruchs als eines durch Einredeausübung gehemmten bedeutet.[1]) Der Schuldner ist aber in der Lage, den Eintritt des Verzuges dadurch zu verhindern, dass er der Mahnung, die eine aussergerichtliche Geltendmachung des Anspruchs bedeutet, durch Leistungsverweigerung entgegentritt. Entsprechendes gilt im Falle des „dies interpellat pro homine" (§ 284, II). Der Eintritt der bestimmten Kalenderzeit vertritt hier die Geltendmachung des Anspruches. War schon vor dieser Zeit Leistung verweigert worden, so tritt der Verzug von selbst nicht ein. Andernfalls aber muss der Schuldner rechtzeitig, d. h. zu der für die Leistung bestimmten Zeit seine Einrede geltend machen, um den Verzug zu vermeiden.[2])

[1]) Vergl. unsre Ausführungen in § 8 unter II, 2.

[2]) Die Richtigkeit unsrer Annahme blosser ex nunc-Wirkung der Leistungsverweigerung erhellt auch aus der Gegenüberstellung §§ 284 und 390, B. G. B. Da der Schuldner durch Mahnung des Gläubigers erst dann in Verzug kommt, wenn er auf dieselbe nicht leistet, oder wenn er nicht, wie ergänzend im § 284 hinzugefügt werden darf und muss, berechtigterweise Leistung verweigert, so bedarf es zur Verhinderung des Verzuges hier weder einer ex nunc-Wirkung, noch der Statuierung einer ausnahmsweisen „Vorauswirkung" der

Gegen die Ausgestaltung der Einrede zu einem Anfechtungsrecht spricht sich u. a. Matthiass[1]) und, wenn auch mit Reserve, Leonhard[2]) aus, der letztere insbesondere auch gegen die Annahme einer rückwirkenden Kraft der Einredeausübung.

Einrede. Dagegen wirkt die Aufrechnungserklärung sofort und ohne weitere Voraussetzungen, so dass sich die Bestimmung des § 390, Satz I, nur dann erübrigen würde, wenn das B. G. B. der Einredegeltendmachung rückwirkende Kraft zuschriebe. Da es nun aber eine Forderung, der eine Einrede gegenübersteht, für nicht aufrechenbar erklären zu müssen glaubt, so ist der Rückschluss erlaubt, dass es auf dem Standpunkt der ex nunc-Wirkung der Leistungsverweigerung steht.

[1]) A. a. O. S. 308 C.

[2]) A. a. O. S. 224 f.

§ 10.

Form und Voraussetzungen der Einredeausübung.

I. Ueber die Form der Einredegeltendmachung enthält das B. G. B. keine Bestimmungen; es hindert uns also nicht, anzunehmen, dass der Akt der Leistungsverweigerung völlig formfrei sei, d. h. durch einfache, rechtsgeschäftliche Willenserklärung vor sich gehen könne. Dass dies möglich sei, wird nun aber aus andern Gründen von zahlreichen Schriftstellern bestritten. Diese behaupten nämlich übereinstimmend mit den Motiven,[1]) dass die materielle Einrede nur im Prozesse (in der Form einer „Einrede im Sinne der C. P. O.“[2]) geltend gemacht werden könne. Von den Vertretern dieser Ansicht sei hier insbesondere Friedenthal genannt,[3]) der sie eingehend verteidigt. Er bedient sich dabei folgender Beweisführung:

Da die Einreden sich gegen die Durchsetzung der Ansprüche wenden, müssen sie da ihre Stelle haben, wo der Berechtigte die Durchsetzung mit Rechtswirksamkeit bewerkstelligen kann, und das ist nur im Prozess möglich.[4]) Die aussergerichtliche Geltendmachung kann dagegen nur eine psychologische Wirkung hervorbringen, keine rechtliche.

Gegen diese Argumente lässt sich von dem entgegengesetzten Standpunkt aus, auf dem auch der Verfasser steht, folgendes geltend machen:

Es ist nicht richtig, dass die Einrede sich nur gegen die gerichtliche Geltendmachung des Anspruchs wende. Das geht schon aus dem Sprachgebrauch des B. G. B. her-

[1]) I, S. 360.

[2]) Vergl. darüber den nächsten Paragraphen.

[3]) A. a. O. S. 62 ff.

[4]) Abgesehen von der Möglichkeit der Geltendmachung durch Aufrechnungserklärung.

vor. das von dem Ausschluss der „Geltendmachung“ des Anspruchs durch die Einrede spricht (so z. B. in den §§ 813, 886, 1254), während es, wo nur die Einklagung gemeint ist, den Ausdruck „gerichtliche Geltendmachung“ verwendet.[1]) Dieser Sprachgebrauch entspricht aber auch unserer Auffassung von der Einredewirkung, wie wir sie schon in § 3 dieser Arbeit auseinandergesetzt haben. Nicht nur in seiner gerichtlichen Geltendmachung, sondern auch in der aussergerichtlichen hemmt die Einredeausübung den Anspruch. Wie nun die aussergerichtliche Leistungsforderung der rechtlichen Wirkung nicht bar ist — man denke nur an den Verzug als Rechtsfolge der Mahnung —, so versetzt auch die aussergerichtliche Leistungsverweigerung den Anspruch in jenen Hemmungszustand, von dem oben in § 9 ausführlich die Rede war. Dass dieser eine rechtliche Veränderung des Anspruchs bedeutet, kommt vor allem darin zum Ausdruck, dass der Richter in einem künftigen Prozesse das Gehemmtsein von Amtswegen zu berücksichtigen hat, ohne dass der einredeberechtigte Beklagte sich von neuem darauf berufen müsste.

Friedenthal, der keine Dauer-, sondern nur eine Momentanwirkung der Einredeausübung annimmt (vergl. oben § 9), muss allerdings das Erfordernis einer solchen wiederholten Berufung aufstellen. Wir brauchen ihm weder darin, noch in der Verwerfung der aussergerichtlichen Einredeausübung zu folgen.

Uebereinstimmend mit dem Verfasser Crome,[2]) Hellwig,[3]) Geier;[4]) a. M. ausser Friedenthal noch v. d. Gröben.[5]) Hölder, der früher den Standpunkt des Verfassers teilte,[6]) unterscheidet jetzt zwischen der aussergerichtlichen und der gerichtlichen Einredeausübung. Er spricht sich dahin

[1]) So Hellwig, Lehrbuch des D. C. Pr. R., S. 251.

[2]) A. a. O. S. 183 f.

[3]) Anspruch und Klagerecht, S. 13. — Lehrbuch des C. Pr. R., S. 250 ff.

[4]) A. a. O. S. 46.

[5]) A. a. O. S. 22 f.

[6]) Kommentar zum B. G. B., allgemeiner Teil, S. 407.

aus, dass die private Verweigerung der Leistung „zwar deren Eigenschaft als einer mit Unrecht unterbliebenen, aber nicht ihre gerichtliche Einforderung“ ausschliesse. Die Einredegeltendmachung wirke erst in Verbindung mit einem ihr stattgebenden Urteile.[1])

Die Einrede ist aber ein Recht des rechtlichen Könnens. Ein solches wirkt aber, wofern nicht das Gesetz vorschreibt, dass es „im Wege der Klage“ geltend zu machen ist, durch Erklärung gegenüber einem andern ohne Hinzutreten eines konstitutiven Urteils.[2]) Gegen Hölder äussert sich auch Hellwig.[3])

II. Voraussetzung der Einredeausübung ist, wie wir schon gesehen haben, dass das Leistungsverweigerungsrecht einem bestehenden, wenn auch nichtfälligen Anspruche gegenübersteht, dass also ein Berechtigter von einem Verpflichteten, wenn auch nicht sofort, eine Leistung fordern kann.

Von der herrschenden Meinung wird aber darüber hinaus die Einredegeltendmachung noch an die weitere Vorbedingung geknüpft, dass Leistung auch tatsächlich gefordert sei.

Der Verfasser kann sich jedoch dieser Ansicht nicht anschliessen, und zwar aus folgenden Gründen:

a) Der Sprachgebrauch des gewöhnlichen Lebens zwingt nicht dazu, die Möglichkeit einer „Verweigerung“ von einer vorausgegangenen „Aufforderung“ abhängig zu machen: vielmehr ist Hölder[4]) beizustimmen, wenn er ausführt: „Es lässt sich nicht sagen, dass eine Leistung nur verweigert werden könnte als eine von demjenigen, dem sie verweigert wird, verlangte. Ist doch ebenso meine Erklärung, dass ich einer Person den Gehorsam verweigere, nicht nur möglich als Verweigerung geforderten Gehorsams.“

[1]) Anspruch und Klagerecht in Busch's Zeitschrift, S. 72ff.
[2]) Vergl. hierüber Hellwig, Lehrbuch des D. C. Pr. R., S. 237.
[3]) A. a. O. S. 249f. und S. 252, insbes. Anm. 27.
[4]) A. a. O. S. 407.

b) Wie die herrschende Meinung muss allerdings derjenige konstruieren, der nur Augenblickswirkung der Einredeausübung annimmt; muss doch die momentane Reaktion jedesmal erst durch Leistungsforderung ausgelöst werden.

Wenn man aber, wie der Verfasser, auf dem Standpunkte steht, dass die einmalige Leistungsverweigerung den Anspruch in einen dauernden Hemmungszustand versetzt, so steht der Annahme nichts entgegen, dass dieser Hemmungszustand auch ohne gegnerische Leistungsforderung herbeigeführt werden könne, denn es ist gleichgültig, ob dies durch Prävention oder durch Reaktion geschieht.[1])

[1]) Uebereinstimmung mit dem Verfasser: Hölder, a. a. O., a. M. Matthiass, a. a. O., S. 308 C; v. d. Gröben, a. a. O., S. 24.

§ 11.

Die Einrede im Prozess.

In diesem Paragraphen soll die Rede sein:

1. Von der Bedeutung des Vorbringens einer Einrede im Prozess.

(Unten sub I.)

2. Von der Einrede als anspruchshemmender Einwendung und im Anschluss daran von der Verwendung der Bezeichnungen „Einrede" und „Einwendung" im B. G. B. und in der C. P. O.

(Unten sub II.)

3. Von dem Inhalt und der Wirkung des auf Grund gerichtlichen Vorbringens einer Einrede ergehenden Urteils.

(Unten sub III.)

I. Die Ausübung der Einrede muss nicht, sie kann aber auch im Prozess erfolgen. Geschieht das letztere, so liegt aber u. E. auch darin keine besondere Förmlichkeit der Geltendmachung.

1. Der Akt der gerichtlichen Geltendmachung zerfällt nämlich theoretisch in zwei gesonderte Bestandteile:

a) die Willenserklärung und

b) die Geltendmachung des Hemmungszustandes durch anspruchshemmende Einwendung.

Nur durch den ersten dieser Bestandteile, die Willenserklärung, wird die Einrede ausgeübt, ohne dass es von Bedeutung wäre, dass dies gerade einmal im Prozess geschieht.

Der zweite Bestandteil dagegen ist als Einwendung notwendigerweise an den Prozess gebunden.

In seiner tatsächlichen Gestalt ist der Akt der gerichtlichen Einredeausübung natürlich ein einheitlicher.

2. Von einer gerichtlichen Ausübung der Einrede kann dann nicht gesprochen werden, wenn schon eine aussergerichtliche Geltendmachung stattgefunden hat, auf die sich der Beklagte nun im Prozess beruft. Diese Berufung ist auch theoretisch als einheitliches Gebilde aufzufassen, denn sie bedeutet nichts weiter als die Einwendung des durch aussergerichtliche Leistungsverweigerung herbeigeführten Hemmungszustandes.

3. Kommt es, bei Versäumnis des Beklagten, durch Vorbringen des Klägers in den Prozessstoff, dass eine aussergerichtliche Leistungsverweigerung stattgefunden hat, so ist diese Tatsache, wie schon erwähnt wurde,[1]) vom Richter von Amtswegen zu berücksichtigen. Es kann demnach auch kein Versäumnisurteil ergehen (§ 331 C. P. O.).

II. Die gerichtlich oder aussergerichtlich ausgeübte, materiellrechtliche Einrede kommt zur prozessualen Geltung durch Erhebung einer Einwendung, die als anspruchshemmend bezeichenet zu werden pflegt.[2])

Diese Bezeichnung ist insofern zu tadeln, als die Einwendung nach unsrer oben dargelegten Anschauung ja den Anspruch nicht selbst hemmt, sondern vielmehr das Gehemmtsein des Anspruchs vorbringt; da dieser Terminus aber der allgemein übliche ist, werden auch wir ihn beibehalten müssen.

1. Die anspruchshemmenden Einwendungen bilden eine Untergruppe der „Einwendungen" schlechthin, zu denen ausser ihnen noch die anspruchsverneinenden Einwendungen gehören.

---

[1]) S. den vorigen Paragraph unter I.

[2]) Nach dem Vorgange von Thon, a. a. O., S. 261 ff. verwenden Regelsberger, a. a. O., S 685, Matthiass, a. a. O., S. 307, u. a. für die von uns anspruchshemmend genannten Einreden die Bezeichnung „rechtsverfolgend". Dieser Ausdruck berücksichtigt nicht wie der unsrige die Wirkung der Einrede, sondern die Tatsache, dass sie ein Gegenrecht vorschützt. Zu den „rechtsverfolgenden Einreden" gehörte nach altem Recht übrigens auch die nur im Prozess geltendzumachende Anfechtung.

Mit dem Ausdruck „Einwendungen“ schlechthin bezeichnet das B. G. B. diejenigen Mittel materiellrechtlicher Verteidigung im Prozess, die, ohne die Klagetatsachen, den „Klagegrund“, zu bestreiten, andere Tatsachen geltendmachen, aus denen entweder das Nichtbestehen (so bei den verneinenden Einwendungen) oder die Hemmung des klägerischen Anspruchs durch eine ausgeübte Einrede (so bei den anspruchshemmenden Einwendungen), hervorgehen soll.

Aus dem Gesagten ergibt sich, dass der Begriff der „Einwendung“ im Sinne des B. G. B. sich im wesentlichen mit dem der „Einrede“ im Sinne der C. P. O. deckt. „Nur ist daran festzuhalten, dass ‚Einrede im prozessualen Sinne‘ ein Begriff des Prozessrechts ist, ‚Einwendung‘ ein allerdings nur für den Prozessfall zugeschnittener Begriff des Privatrechts“.[1]) „Einwendungen im Sinne des Prozessrechts“ dagegen sind alle Behauptungen, die der Beklagte überhaupt der Klage entgegensetzen kann, also auch das blosse Leugnen des Klagegrundes. Es ist also sorgfältig zu unterscheiden zwischen

a) dem Begriff der „Einrede“ im Sinne des B. G. B., der ein rein privatrechtlicher ist (er bildet den Gegenstand unsrer bisherigen Ausführungen),

b) dem Begriff der „Einwendung“ im Sinne des B. G. B., der die „anspruchsverneinenden“ und die „anspruchshemmenden Einwendungen umfasst,

c) dem Begriff der „Einrede“ im Sinne der C. P. O., der im wesentlichen mit dem der „Einwendung“ im Sinne des B. G. B, identisch ist, und endlich

d) dem Begriff der „Einwendung“ im Sinne der C. P. O., der sogar das blosse Leugnen des Klagegrundes mitumfasst.

2. Bezüglich der Behauptungs- und Beweislast gilt für die anspruchshemmenden, wie für die verneinenden Ein-

[1]) Suppes, a. a. O., S. 46, Anm. 2.

wendungen gleichmässig, dass sie den Beklagten trifft, während bei blosser Leugnung des Klagegrundes der Kläger beweispflichtig ist.[1])

Eine Berufungs- oder Provokationslast trifft den Beklagten bei den anspruchshemmenden Einwendungen, soweit sie eine zuvor nicht ausgeübte Einrede geltend machen (vergl. oben sub I), und bei den anspruchsverneinenden Einwendungen, soweit sie zuvor nicht ausgeübte Anspruchsvernichtungsrechte vorschützen.

Im übrigen aber sind Unrichtigkeit und Klagetatsachen, Entstanden-, Erloschen- und Gehemmtsein des klägerischen Anspruchs von Amtswegen zu berücksichtigen, wofern sie überhaupt nur aus dem Prozessstoff erhellen.

III. Inhalt und Wirkung des auf Grund gerichtlichen Vorbringens einer Einrede ergehenden Urteils:

1. Inhalt:

a) Das Urteil weist den Kläger zur Zeit ab, oder

b) es erfolgt Verurteilung des Beklagten unter einer ihm günstigen, auf der Einredewirkung beruhenden Modifikation, z. B. zur Erfüllung Zug um Zug. (§§ 274, 322 B. G. B.)

Auf die vorkommenden Modifikationen hier im einzelnen noch weiter einzugehen, würde zu weit führen.[2])

Im folgenden soll uns daher nur das wegen Einrede abweisende Urteil, als typischer Fall, beschäftigen.

2. Die Wirkung eines wegen Einrede abweisenden Urteils besteht in seiner Rechtskraft.

a) Rechtskraft bedeutet einmal, dass die rechtskräftige Entscheidung in demselben Rechtsstreit, also durch ordentliche Rechtsmittel, nicht mehr angegriffen werden kann

[1]) Vergl. über die Frage der Behauptungs- und Beweislast: Matthiass, a. a. O., S. 312, Endemann, a. a. O., S. 481 ff. (§§ 87c—88).

[2]) Vergl. die Zusammenstellung der einzelnen Fälle bei Zitelmann. B. G. B. Allgem. Teil, S. 30.

(sogenannte formelle Rechtskraft); weiter aber besagt sie, dass das rechtskräftige Urteil das bisher zwischen den Parteien streitige Rechtsverhältnis zu einem zwischen ihnen unbestreitbaren macht (sogenannte materielle Rechtskraft), so dass einerseits der dem Inhalte des Urteils entsprechende Zustand herbeigeführt (sogenannte positive Funktion der materiellen Rechtskraft), anderseits das rechtskräftig Festgestellte nicht zum Gegenstand eines neuen Rechtsstreites gemacht werden kann (sogenannte negative Funktion der materiellen Rechtskraft).

b) Uns interessiert hier nur die negative Funktion der materiellen Rechtskraft des wegen Einrede abweisenden Urteils.

α) Bezüglich des Umfanges der Rechtskraft herrschte im älteren Rechte ein Streit, dem § 322 C. P. O. ein Ende machte, indem er bestimmte, „dass Urteile der Rechtskraft nur insoweit fähig sind, als über den durch die Klage oder durch die Widerklage erhobenen Anspruch entschieden ist".

Nur der Tenor nimmt hiernach an der Rechtskraft teil, nicht die „Urteilselemente" als solche. Wohl aber ist nach richtiger Ansicht der erstere aus den letzteren auszulegen, so dass ein wegen Einrede abweisendes Urteil rechtskräftig feststellen würde, dass die „Befugnis zur klageweisen Geltendmachung des Rechts zur Zeit, d. h. so lange nicht besteht, als der hemmende Umstand entgegensteht".[1])

β) Dieser der Rechtskraft teilhaftige Inhalt des Urteils kann also von dem abgewiesenen Kläger nicht in einem neuen Verfahren streitig gemacht werden. Wird dies dennoch versucht, so kann sich der Beklagte auf die Rechtskraft berufen, ohne auf seine Einrede zurückgreifen zu müssen. Diese Folge der Urteilswirkung bedeutet für das neue Verfahren eine Veränderung der Prozesslage gegenüber der des alten; denn, während in diesem die

[1]) Hellwig, a. a. O., S. 140 f.

Beweislast bezüglich der einredebegründenden Tatsachen den Beklagten traf, hat in jenem der Kläger den Wegfall der res iudicata, also das Erloschensein der Einrede nachzuweisen. In dieser Umkehrung der Beweislast kann aber keine Unbilligkeit gegenüber dem Kläger erblickt werden, wie Geier[1]) mit Recht Friedenthal[2]) gegenüber betont.

γ) Der letztgenannte Schriftsteller muss aber eine in die Zukunft wirkende materielle Rechtskraft des wegen Einrede abweisenden Urteils selbst dann leugnen, wenn er von Billigkeit oder Unbilligkeit der Beweislast-Umkehrung absieht. Diese Konsequenz zu ziehen, zwingt ihn seine Auffassung der Einredewirkung als einer momentanen, jeweils durch Leistungsforderung ausgelösten Reaktion.[3]) Nach Friedenthal bleibt also trotz eines wegen ausschliessender Einrede abweisenden Urteils „alles beim alten“,[4]) so dass bei wiederholten Leistungsklagen der Beklagte sich stets aufs neue seiner Einrede bedienen und bei Bestreitung die Einredetatsachen beweisen muss.

Dieses von Friedenthal selbst als „höchst unbefriedigend“ bezeichnete Ergebnis wird vermieden, wenn man wie der Verfasser die Wirkung der Einredeausübung als einen dauernden Hemmungszustand auffasst, denn ein solcher ist sehr wohl materieller Rechtskraft fähig.[5])

δ) Nach herrschender Ansicht ist die Rechtskraft des Urteils heute eine absolute, d. h. unverzichtbare und von

---

[1]) A. a. O. S. 36.

[2]) A. a. O. S. 68.

[3]) Vergl. S. 68: „Das erste Urteil besagt, dass damals eine Verurteilung nicht möglich war, da trotz des Bestehens des Anspruchs dem Beklagten erwiesenermassen aus den und den Gründen das Recht zustand, die Leistung zu verweigern, und er von diesem Recht Gebrauch machte. Deshalb war die Klage abzuweisen. Es besteht kein Grund, diesem Inhalt des Urteils für den späteren Fall eine weitere materielle Bedeutung beizulegen.“

[4]) A. a. O. S. 69.

[5]) Friedenthals Ansicht teilt Matthiass, a. a. O., S. 308 C. Gegen Friedenthal auch v. d. Gröben, a. a. O., S. 32 f.

Amtswegen zu berücksichtigende. Der Satz „ne bis in idem“ ist ein zwingender, staatsrechtlicher.[1])

Es tritt demnach selbst bei Versäumnis des Beklagten Abweisung des Klägers ein, wofern nur das Vorhandensein eines rechtskräftigen Urteils über die Streitsache aus dem Vorbringen des letzteren erhellt. Das gilt natürlich nach unsern obigen Ausführungen auch von dem rechtskräftigen, wegen Einrede abweisenden Urteil.

Wir gelangen damit zu dem durchaus befriedigenden Ergebnis, dass die von Amtswegen zu berücksichtigende ausgeübte Einrede einer Rechtskraft teilhaftig wird, die ebenfalls ohne Provokation vom Richter in Betracht zu ziehen ist.

Für diejenigen dagegen, die mit Geier einerseits Berücksichtigung der ausgeübten Einrede von Amtswegen annehmen, andrerseits Unverzichtbarkeit und ipso iure-Wirkung der Rechtskraft leugnen, ergibt sich für den Fall der Versäumnis des Beklagten eine Wirkung der aussergerichtlich ausgeübten Einrede, welche stärker ist als die des wegen ausgeübter Einrede abweisenden Urteils.

---

[1]) So Crome, a. a. O., S. 570 f, Anm. 4.

Derselben Ansicht: Endemann, a. a. O., S. 352, Anm. 1.

Schwartz: Absolute Rechtskraft und heutiges deutsches Recht, S. 30/31.

Hellwig, a. a. O., S. 167.

Planck, a. a. O., S. 39.

Besonders betont wurde der absolute Charakter der Rechtskraft von Bülow gegenüber § 191 des E. I zum B. G. B., der eine materielle Einrede der Rechtskraft statuierte. Nach der endgültigen Fassung des Gesetzbuchs ist die Feststellung des Begriffs der Wissenschaft überlassen.

Verzichtbarkeit der Rechtskraft wird noch heute behauptet von Schmidt, Lehrbuch des Civilprozesses, S. 807. Ihm schliesst sich auch Geier, S. 36, Anm. 4, an.

§ 12.

Die Einrede als „Recht des rechtlichen Könnens“ und als subjektives Recht.

Nachdem wir in § 9 die Wirkung der Einredeausübung festgestellt haben, ist es uns jetzt ein leichtes, Stellung zu nehmen zu den Fragen, ob

1. die Einrede im Sinne des B. G. B. ein „Recht des rechtlichen Könnens“ und ob sie

2. ein subjektives Recht sei.

Ad 1. Die Ausübung der Einrede bewirkt, wie wir in § 9 sahen, einen Hemmungszustand des gegnerischen Anspruchs, der eine materielle Eigenschaft desselben bedeutet. Diese Wirkung ist nicht von dem Willen des Anspruchsberechtigten abhängig, sondern sie tritt durch formlose Erklärung des Leistungsverweigerungsberechtigten ohne weiteres ein und dauert so lange an, als die Einrede dem Anspruche hemmend gegenübersteht. Aus alledem geht hervor, dass die Einreden Macht über materielle Rechtswirkungen gewähren, demnach als „Rechte des rechtlichen Könnens“ oder „Befugnisse“ zu charakterisieren sind.

Als solche können sie natürlich, wie sich aus unsern Ausführungen in § 4 ergibt, nicht zu den Ansprüchen gerechnet werden.

Ad 2. Wie die „Rechte des rechtlichen Könnens“ überhaupt, betrachtet der Verfasser auch die Einreden als subjektive Rechte. Das Interesse, welches sie darstellen, liegt in der Möglichkeit der Anspruchshemmung. An dem Schutz dieses Interesses sind beteiligt a) der Staatswille dadurch, dass die aus ihm fliessende Rechtsordnung an bestimmte Tatbestände Einrederechte knüpft, und b) der Privatwille, in dessen Macht die Rechtswirkung der Anspruchshemmung steht.

§ 13.

Das Verhältnis des Einredebegriffs zum Anfechtungsbegriff.

Im folgenden soll versucht werden, das Verhältnis des Einredebegriffs zum Anfechtungsbegriffe klarzustellen, und zwar in der Weise, dass den noch einmal kurz zusammengefassten Ergebnissen unserer dogmatischen Erörterungen über den ersteren die entsprechenden, in knapper Darstellung zu entwickelnden Elemente des letzteren gegenübergestellt werden. Den §§ 6—12 der Abhandlung entsprechen die Abschnitte A – G dieses Paragraphen.

A. Unsere dogmatischen Auseinandersetzungen über den Einredebegriff nehmen ihren Anfang in § 7. Aber schon in § 6 wurde die Grundlage für sie aus der Terminologie des B. G. B. gewonnen.

Es ergab sich da, dass wir in der Einrede des B. G. B. ein Recht, Leistung zu verweigern, zu erblicken haben.

Eine entsprechende, eine komprimierte Inhaltsangabe enthaltende Umschreibung des Anfechtungsbegriffs findet sich nun im Gesetzbuch nicht, wohl aber wird die Wirkung der Anfechtung in § 142, I, B. G. B. ausdrücklich normiert: „Wird ein anfechtbares Rechtsgeschäft angefochten, so ist es als von Anfang an nichtig anzusehen.“ Aus dieser Vorschrift geht hervor, dass durch die Anfechtung das Rechtsgeschäft seiner juristischen Existenz nach aufgehoben wird. Infolgedessen werden sämtliche auf dem Rechtsgeschäft beruhenden Wirkungen hinfällig, d. h. die aus ihm hervorgegangenen Rechte fallen der Vernichtung anheim.

Auf Grund dieser Wirkung der Anfechtung wird das Anfechtungsrecht — um diesen materiellrechtlichen Begriff kann es sich bei unserer Vergleichung mit der ebenfalls materiellrechtlichen Einrede im Sinne des B. G. B. allein

handeln — in der Wissenschaft als „rechtsvernichtend“ bezeichnet. „Rechtsvernichtungsrecht“ scheint denn auch dem Verfasser der Ausdruck zu sein, der den Inhalt unsers Begriffs am treuesten wiedergibt, während der von Friedenthal[1]) gewählte Terminus „Anspruchsvernichtungsrecht“ offenbar zu eng ist, da ja die Anfechtung nicht nur Ansprüche, sondern auch Rechte, die keine Ansprüche sind, zerstört.

B. Die Anfechtung (im materiellrechtlichen Sinne) ist aber nicht das einzige Rechtsvernichtungsrecht. Vielmehr gehören zu dieser Kategorie noch andere Rechte, wie z. B. die Aufrechnung[2]) (§§ 387 ff.) und der Widerruf (z. B. §§ 530, 2253).

Mit den Leistungsverweigerungsrechten verbinden sich die Rechtsvernichtungsrechte, wie schon wiederholt erwähnt wurde, zu dem umfassenderen Begriff der Gegenrechte.

Die allgemeinen Merkmale der letzteren sind also der Einrede und der Anfechtung gemeinsam:

1. Wie der einredebehaftetete Anspruch bis zur Vorschützung der Einrede, so ist auch das anfechtbare Recht bis zur Geltendmachung des Anfechtungsrechts im grossen Ganzen vollwirksam. Im grossen Ganzen — denn auch bei dem Anfechtungsrecht gibt es gewisse Wirkungen seines blossen Bestehens, die aber ebenso, wie die Vorauswirkungen der Einreden nur exzeptioneller Natur, daher nicht zum Inhalte des Anfechtungsrechts zu rechnen sind (§§ 200, 770 B. G.-B.). Diesen Standpunkt müssen wir auch v. d. Gröben[3]) gegenüber aufrechterhalten. Es ist unerfindlich, weshalb man zwar von Wirkungen des blossen Bestehens des Einrederechts, nicht aber von solchen des blossen Bestehens des Anfechtungsrechts solle sprechen dürfen, weshalb ferner die Vorauswirkungen der Einrede aus dem Begriffe derselben folgen sollen, während die-

[1]) A. a. O. S. 62.

[2]) Diese wurde übrigens bis zum B. G. B. als materiellrechtliche Einrede konstruiert.

[3]) A. a. O. S. 51 f.

jenigen des Anfechtungsrechts nur aus Zweckmässigkeitsgründen statuiert seien.[1])

2. Es bedarf der Geltendmachung durch den Berechtigten, damit Einrede wie Anfechtung die ihnen wesentlichen Wirkungen hervorbringen.

3. Auf beide Rechte kann einseitig verzichtet werden. Während aber bei dem Anfechtungsrecht, da es durch seine Ausübung erlischt, ein solcher Verzicht nur vor dieser möglich ist, kann die Geltendmachung der Einrede zurückgenommen werden, da das Leistungsverweigerungsrecht den Akt seiner Ausübung, wie wir gesehen haben, überdauert.

4. Einrede wie Anfechtungsrecht sind an die Existenz des Anspruchs bezw. Rechts, dem sie gegenüberstehen, gebunden, gehen also mit deren Untergang gleichfalls zugrunde.

C. Die Einrede ist gegen Ansprüche gerichtet, die Anfechtung dagegen greift auch Rechte an, die keine Ansprüche sind.

1. Nach der Ausdrucksweise des Gesetzbuchs ist es sogar das Rechtsgeschäft selbst, welches angefochten wird. Der tatsächliche Akt der rechtsgeschäftlichen Willenserklärung kann nun freilich nicht rückgängig gemacht werden, vielmehr ist es die juristische Existenz des Rechtsgeschäfts, der die Anfechtung entgegentritt.

Das rechtliche Dasein eines Rechtsgeschäfts besteht nun darin, dass es die von den Parteien, die es abgeschlossen haben, gewollten Wirkungen hervorbringt. Diese Wirkungen sind es also, gegen die sich die Anfechtung in Wahrheit wendet.[2]) Sie ergreift demnach das auf dem Rechtsgeschäft beruhende Rechtsverhältnis in seiner Gesamtheit, nicht nur ein einzelnes Recht (Anspruch), wie es die Einrede tut.

[1]) Auf S. 26 f. seiner Abhandlung führt v. d. Gröben richtig aus, dass die Vorauswirkungen der Einrede aus wirtschaftlichen Gründen zu rechtfertigen sind.

[2]) Vergl. Zitelmann, Internationales Privatrecht, II, S. 33 f.

Ausser der Anfechtung von Rechtsgeschäften (in dem beregten Sinne) kennt das Gesetzbuch noch einzelne Fälle der Anfechtung von Rechtsverhältnissen, die nicht auf Rechtsgeschäften beruhen; so kann nach § 2340 ff. der Erbschaftserwerb,[1]) der Vermächtnisanspruch und der Pflichtteilsanspruch[2]) wegen Erbunwürdigkeit, sowie nach § 1594 die Ehelichkeit angefochten werden. Diese Fälle sind aber bei der allgemeinen Regelung der Anfechtbarkeit in den §§ 142 ff. nicht berücksichtigt worden,[3]) wir werden sie demnach bei unsern weiteren Ausführungen, die doch einen allgemeinen Charakter tragen sollen, ausser Betracht lassen dürfen.

2. Die Einrede kann sich prinzipiell gegen jeden Anspruch richten.

Eine Ausnahme ist nur bezüglich der klaglosen Ansprüche zu konstatieren.[4])

Dagegen glaubt der Verfasser die Möglichkeit von Einreden gegenüber nichtfälligen, aber nichtsdestoweniger entstandenen Ansprüchen annehmen zu müssen. Ja, Nichtfälligkeit erscheint sogar als diejenige Bezeichnung, die am besten das Behaftetsein eines Anspruchs mit einer Einrede zum Ausdruck bringt.[4])

Was die Anfechtung anbetrifft, so gilt ohne Einschränkungen, dass sie Rechtsgeschäften jeder Art gegenüberstehen kann. Mithin kann sie auch sämtliche auf solchen beruhenden Rechtsverhältnisse ergreifen. Klaglosigkeit oder Nichtfälligkeit der aus diesen hervorgegangenen Ansprüche steht natürlich ihrer Vernichtung durch Anfechtung nicht entgegen. Ihr unterliegen sogar — anders als bei der Einrede — solche Wirkungen der

[1]) Der Erbschaftserwerb vollzieht sich nach B. G. B. nicht durch Rechtsgeschäft.

[2]) Richtiger sollte es in § 2345 heissen: „Der Erwerb des Vermächtnisanspruchs", bezw. „des Pflichtteilsanspruchs" (v. d. Gröben, a. a. O. S. 55 ff.).

[3]) Vergl. Motive I, S. 218.

[4]) Vergl. oben § 8, Nr. 1.

Rechtsgeschäfte, deren Eintritt noch von dem Eintritt eines weiteren Tatbestandmomentes, z. B. einer Bedingung, abhängig ist. Hier ist die Kraft der schon vorhandenen Tatbestandsmomente, mit dem noch ausstehenden zusammen die gewollte Rechtswirkung herbeizuführen, das durch die Anfechtung Zerstörbare. In dieser Besonderheit ist auch der Grund dafür zu erblicken, dass das B. G. B. von Anfechtung des Rechtsgeschäfts, nicht der Rechtswirkung spricht. (Vergl. Zitelmann.)[1])

Von einer (nominellen) Nichtfälligkeit kann natürlich bei den Rechten, denen ein Anfechtungsrecht gegenübersteht, nicht die Rede sein.

Vielmehr spricht man hier von „Anfechtbarkeit der Rechtsgeschäfte". Diese scheint aber dem Verfasser ebenso wenig eine materielle Eigenschaft der Rechtswirkungen zu bedeuten, wie das „Einredebehaftetsein" eine solche der Ansprüche. Das anfechtbare Rechtsgeschäft leidet zwar an einer Mangelhaftigkeit; diese macht es aber zunächst nicht zu einem ungültigen, d. h. rechtlich unwirksamen oder auch nur wesentlich weniger wirksamen. Nach dem Vorgange Windscheids[2]) wird dies von zahlreichen Schriftstellern bestritten.

Ihnen erscheint das anfechtbare Geschäft als ein von Anfang an ungültiges, wenn auch der Grad dieser Ungültigkeit ein geringerer ist, als bei der Nichtigkeit:

Das Rechtsgeschäft bringe zunächst seine Wirkungen hervor, wie ein gültiges, doch herrsche ein „materiell gebundener Schwebezustand", vermöge dessen das Rechtsgeschäft weder als vollwirksam, noch als nichtig zu betrachten sei.[3]) Dem Willen einer Privatperson, des Anfechtungsberechtigten, sei es überlassen, diese Ungewissheit zur Entscheidung zu bringen.

Es lässt sich nun zwar nicht bestreiten, dass vor erfolgter Anfechtung eine Ungewissheit, ein Schwebezustand

[1]) A. a. O. S. 34.

[2]) Pandekten I, § 82 insbes. S. 219, Anm. 7.

[3]) Endemann, a. a. O., S. 371 und 512.

obwaltet; zu einer materiellen Qualität der Geschäftswirkungen darf dieser aber nach des Verfassers Ansicht nicht ausgestaltet werden. Einem solchen Unterfangen steht vor allem die fast uneingeschränkte Vollwirksamkeit des Geschäfts bis zu dem Augenblick seiner Anfechtung entgegen. Ferner würde der so wertvolle Begriff des Gegenrechts bedeutend an Klarheit und Schärfe verlieren, wollte man dem Anfechtungsrecht (oder auch der Einrede) eine wesentliche materielle Wirkung seines blossen Bestehens zuschreiben. Auch die rückwirkende Kraft, die der Anfechtung nach B. G. B. § 142, I eigen ist, kann der Gegenansicht nicht als Argument dienen.

Derselben Ansicht, wie der Verfasser: Zitelmann,[1]) Thon;[2]) a. M. Windscheid,[3]) Endemann.[4])

3. Die Einrede ist kein Anspruch, ebensowenig das Anfechtungsrecht.[5])

Während aber die Einreden sowohl auf Vertrag als auch auf Gesetz. auf Ansprüchen des Einredeberechtigten aber auch auf selbstädigen Tatbeständen, die sich in der Hervorbringung der Einreden erschöpfen, ja sogar — im Falle des § 2083 — auf einem Anfechtungsrecht beruhen können, ist es bei der Anfechtung stets der mangelhafte Geschäftsakt, der, wie das zunächst vollwirksame Rechtsverhältnis, auch das Anfechtungsrecht erzeugt, das erstere als gewollte, vertragsmässige, das letztere als nichtgewollte, ausnahmslos auf Gesetz beruhende Wirkung.

An dieser Stelle verdient noch der Fall des § 2083 eine nähere Beleuchtung, denn er zeigt uns Einrede und Anfechtung in eigentümlichen Beziehungen zueinander. „Ist eine letztwillige Verfügung, durch die eine Verpflichtung zu einer Leistung begründet wird, anfechtbar, so kann der Beschwerte die Leistung verweigern, auch wenn die An-

[1]) A. a. O. S. 35, insbes. Anm. 7.
[2]) A. a O. S. 274, insbes. Anm. 113.
[3]) A. a. O.
[4]) A. a. O. S. 371.
[5]) Vergl. Motive I, S. 221.

fechtung nach § 2082 ausgeschlossen ist" (§ 2083). Dem Anfechtungsberechtigten steht also in diesem Falle die Einrede der Anfechtbarkeit zu, solange das Anfechtungsrecht besteht, ja er kann die Leistung sogar noch verweigern, wenn die Anfechtung durch Ablauf der Frist des § 2082 ausgeschlossen ist. Nur den zweiten Teil dieses Satzes will v. d. Gröben[1]) gelten lassen, indem er ausführt, dass „Anfechtungsrecht und Einrede, aus demselben Grunde entsprungen, derselben Person nicht gleichzeitig zur Ausübung zustehen können". Sowohl in dem obigen Falle, als auch dann, wenn infolge arglistiger Täuschung oder widerrechtlicher Drohung bei einem Rechtsgeschäft ein Anfechtungsrecht aus § 123 neben einem Aufhebungsanspruch und darauf beruhender Einrede aus § 853 demselben Verpflichteten gegeben sei, absorbiere das Anfechtungsrecht die Einrede (bezw. Einrede und Anspruch) bis zu seinem Erlöschen, denn einmal enthalte die Einredevorschützung die keiner Form bedürftige Anfechtung, ferner aber widerspreche ein etwaiger Vorbehalt der Anfechtung „der Absicht des B. G. B., der Unsicherheit des anfechtbaren Rechtsgeschäfts möglichst entgegenzutreten". Beide Argumente sind nicht stichhaltig. Wenn die Anfechtung auch keiner Form bedarf, so muss doch der Wille, anzufechten, deutlich zum Ausdruck kommen. Aus einer Leistungsverweigerung darf man jedenfalls dann nicht auf ihn schliessen, wenn das Gesetz dem Schuldner ausdrücklich eine Einrede neben dem Anfechtungsrecht zuerkennt. Falsch ist es auch, in einer Leistungsverweigerung, die sich spätere Anfechtung vorbehält, eine Durchkreuzung der Absichten des Gesetzes erblicken zu wollen; begnügt sich das B. G. B. doch ausdrücklich damit, dass die Unsicherheit des anfechtbaren Rechtsgeschäfts in den uns beschäftigenden Fällen binnen Jahresfrist zur Entscheidung gelange, so dass sogar einer in Kenntnis und unter Vorbehalt späterer Geltendmachung der Anfechtbarkeit vorgenommenen Leistung die Anfechtung innerhalb der vom Gesetz vorgesehenen Frist nachfolgen könnte.

[1]) A. a. O. S. 62 f.

Der Verpflichtete hat also die Wahl, aus unerlaubter Handlung nach § 853 Anspruch oder Einrede geltend zu machen oder aber aus dem vom Delikt ganz verschiedenen Rechtsgrunde mangelhafter Willensbildung nach § 123 anzufechten. Er kann ferner nach § 2083 entweder anfechten oder die Anfechtbarkeitseinrede vorschützen. Bei dieser Auffassung des § 2083 erübrigt sich auch die allzu kühne Interpretation v. d. Gröbens, der ohne Rücksicht auf den klaren Wortlaut des Gesetzes dem Beschwerten das Leistungsverweigerungsrecht abspricht, solange er anfechten kann, von dieser Regel aber im Falle der Anfechtbarkeit einer Auflage aus reinen Billigkeitsrücksichten wieder eine Ausnahme machen will.

Aus ähnlichen Gründen der Billigkeit glaubt von der Gröben auch dem aus § 1955 zur Anfechtung Berechtigten eine Einrede geben zu müssen. Unbequem ist es ja allerdings für den Erben, eine anfechtbare Nachlassverbindlichkeit (nach Ablauf der Frist des § 2014) zunächst befriedigen zu müssen, da die Anfechtung nach § 1945 nicht durch Erklärung gegenüber dem leistungsfordernden Nachlassgläubiger, sondern gegenüber dem Nachlassgericht zu erfolgen hat. Da der Erbe aber die Möglichkeit hat, die geschehene Leistung durch spätere Anfechtung wieder rückgängig zu machen, vermögen wir in der vorläufigen Leistungspflicht eine so grosse Unbilligkeit nicht zu erblicken, dass diese allein die Gewährung einer Einrede rechtfertigen könnte, von der das Gesetz nichts weiss.

4. Weder Einrede noch Anfechtung unterliegen der Verjährung, da sie keine Ansprüche sind. Beide Gegenrechte erlöschen aber durch Verzicht des Berechtigten. (Bei der Anfechtung: Bestätigung des anfechtbaren Geschäfts [§ 144]).

Die Einrede geht ferner zugrunde durch den Untergang des Anspruchs, dem sie gegenübersteht, die Anfechtung dagegen wird gegenstandslos nur durch den Fortfall sämtlicher gewollter Wirkungen des anfechtbaren Geschäftes, insbesondere also, wenn das anfechtbare Geschäft, d. h. seine

Gesamtwirkung, durch die Anfechtung vernichtet wird. Das Anfechtungsrecht erlischt also, anders als die Einrede, durch seine Vorschützung.

Das Einrederecht unterliegt keiner zeitlichen Beschränkung, die Anfechtung hingegen kann nur binnen bestimmter Ausflussfristen geltend gemacht werden, geht also durch deren Ablauf zu Grunde.

D. Von den ausnahmsweisen Vorauswirkungen, die bei der Anfechtung wegen der ihr beigelegten rückwirkenden Kraft noch mehr eingeschränkt werden konnten als bei der Einrede, war schon weiter oben die Rede. Hier handelt es sich darum, die Wirkungen der Einredeausübung und der Anfechtung (= Geltendmachung des Anfechtungsrechts) einem Vergleich zu unterziehen.

In § 9 stellten wir fest, dass die Geltendmachung einer Einrede den gegnerischen Anspruch nicht vernichte, sondern nur in seiner Durchsetzung hemme. Wir kennzeichneten ferner diese Hemmung als einen dauernden, durch Dauereinwirkung der Einrede bewirkten Zustand.

Voraussetzung dieser Konstruktion war die Annahme, dass die Einrede durch ihre Vorschützung nicht erlösche. Eine Konsequenz des Fortbestehens von Anspruch und Einrede ist darin zu erblicken, dass auf die letztere auch nach ihrer Vorschützung vom Einredeberechtigten verzichtet werden kann.

Demgegenüber normiert § 142, I, B. G. B. die Wirkung der Anfechtung folgendermassen:

„Wird ein anfechtbares Rechtsgeschäft angefochten, so ist es als von Anfang an nichtig anzusehen."

Aus dieser Bestimmung geht hervor, dass die Anfechtung die gewollten rechtlichen Wirkungen des anfechtbaren Geschäfts — gegen diese ist sie ja, wie wir sahen, in Wahrheit gerichtet — nicht nur hemmt, sondern geradezu vernichtet, und zwar nicht nur für die Zukunft, sondern kraft der besonderen Bestimmung des Gesetzes[1]) mit Rück-

[1]) Motive I, S. 219.

wirkung auf die Vergangenheit. „Das Rechtsgeschäft ist so anzusehen, als ob es gar nicht vorgenommen worden wäre“ (Motive I, S. 219). Alle schon eingetretenen Rechtswirkungen gelten demnach von Rechtswegen als aufgehoben, neue können nicht mehr aus dem angefochtenen Geschäft hervorgehen. Das gilt nicht nur für das Verhältnis zu dem Anfechtungsgegner, sondern in rem, gegenüber jedermann.[1]) Das Hinfälligwerden sämtlicher Geschäftswirkungen hat, wie schon erwähnt wurde, zur weiteren Folge, dass das Anfechtungsrecht durch seine Ausübung erlischt, die letztere daher nicht widerrufen werden kann.

In den geschilderten eigenartigen Wirkungen von Einrede und Anfechtung liegt nun nach des Verfassers Ansicht der eigentliche, charakteristische Unterschied beider Befugnisse, der uns berechtigt, der Einrede als dem anspruchshemmenden, nur in die Zukunft wirkenden, durch Ausübung nicht untergehenden, daher noch nach derselben verzichtbaren Gegenrecht mit voller Schärfe das Anfechtungsrecht als das rechtsvernichtende, mit rückwirkender und absoluter Kraft ausgestattete, durch Ausübung erlöschende, daher den Anfechtenden bindende Gegenrecht gegenüberzustellen.

Der Versuch Hölders, die Einrede zu einem Anfechtungsrecht zu stempeln, ist schon in § 9 sub C als der Auffassung des B. G. B. widersprechend zurückgewiesen worden. Nicht minder muss aber auf der Behauptung Bucerius'[2]) widersprochen werden, dass das Anfechtungsrecht unter den Begriff der Einrede falle. An dieser Behauptung ist nur so viel richtig, dass beiden Rechten der Charakter und mithin auch die einzelnen Merkmale der Gegenrechte gemeinsam sind. Die Verfasser des B. G. B. standen —

[1]) Soweit nicht der öffentliche Glaube des Grundbuches oder der gutgläubige Erwerb vom Nichtberechtigten geschützt ist. (§ 142, II, i. Verb. m. §§ 892, 932 ff.)

[2]) Erörterung der Begriffe exceptio, Einrede und Einwendung, Göttinger Preisschrift, S. 115 ff.

dies gibt Bucerius[1]) selbst zu — nicht auf dem Standpunkte dieser Subsumierung. Ihrer Auffassung gibt das Gesetz einen adäquaten Ausdruck, ohne dass Unbilligkeiten oder Widersprüche ihre Folge wären. Bucerius meint allerdings, dass solche Unbilligkeiten in den §§ 770 (i. Verb. m. § 768), 1211 und 390 enthalten sein würden, wofern man nicht die sämtlichen für die Einrede gegebenen Bestimmungen auch für auf die Anfechtung anwendbar erklären wollte. Ist nun aber in der Tat darin eine Unbilligkeit zu erblicken, dass der Bürge zwar eine Einrede nicht dadurch verliert, dass der Hauptschuldner auf sie verzichtet (§ 768), dass er aber durch den Verzicht des Hauptschuldners auf sein Anfechtungsrecht (§ 144) das ihm (dem Bürgen) nach § 770, I zustehende Leistungsverweigerungsrecht verliert? U. E. keineswegs. Verpflichtet sich doch der Bürge zwar im Falle des § 768 zur Befriedigung des Anspruchs nur als eines einredebehafteten, nicht aber im Falle des § 770, I zur Erfüllung der Verbindlichkeit als einer der Anfechtung ausgesetzten.

Von der Bestimmung des § 1211 gilt Entsprechendes wie von der des § 770 i. Verb. m. 768.

§ 390 endlich trägt, wenn er nur die einredebehafteten, nicht aber die anfechtbaren Forderungen für aufrechenbar erklärt, dem Umstande Rechnung, dass die Anfechtung vermöge ihrer ex nunc-Wirkung die Aufrechnung wieder rückgängig machen kann, während die Einredeausübung dazu nicht imstande ist, da sie nur in die Zukunft wirkt.

E. Zwei weitere Merkmale, die die Einrede nach der Ansicht vieler von der Anfechtung unterscheiden sollen, bestehen nach der vom Verfasser in § 10 verteidigten Ansicht nicht.

Es ist nicht richtig, dass die Einredeausübung nur im Prozesse, nicht aber auch aussergerichtlich, dass sie ferner nur als Reaktion auf eine Leistungsforderung, nicht aber auch aus eigener Initiative des Leistungsverweigerungsberechtigten vor sich gehen könne.

[1]) A. a. O. S. 125.

Wie die Anfechtung nach § 143, I, erfolgt vielmehr auch die Leistungsverweigerung durch formlose Willenserklärung gegenüber dem Gegner, d. h. durch Rechtsgeschäft, das innerhalb oder ausserhalb eines Prozesses präventions- wie reaktionsweise vorgenommen werden kann.[1]) V. d. Gröben spricht der Einredeausübung die Natur eines Rechtsgeschäfts ab.[2]) Zu diesem Ergebnis gelangt er dadurch, dass er den materiellrechtlichen Einredebegriff mit dem prozessualen in u. E. unzulässiger Weise verquickt.

F. Der Akt einer im Prozess erfolgenden Anfechtung gestaltet sich ganz analog dem einer vor Gericht erhobenen Einrede. Auch er ist theoretisch in zwei Teile zu zerlegen:

1. die Rechtsvernichtungshandlung;

2. das prozessuale Vorbringen der eben erst bewirkten Vernichtung des gegnerischen Rechts.

Dieses Vorbringen geschieht in der Form einer anspruchsverneinenden Einwendung, welche das Erloschensein des gegnerischen Rechts (Anspruchs) geltend macht.[3])

Hierauf gründet sich aber kein sachlicher, sondern nur ein nomineller Unterschied zwischen der Anfechtung und der stets als anspruchshemmende Einwendung im Prozess

---

[1]) Ausnahmsweise ist eine besondere Form vorgeschrieben 1. für die Anfechtung der Ehe (Klage, bezw. Erklärung gegenüber dem Nachlassgerichte nach den §§ 1341/42), 2. für die Anfechtung der Annahme oder Ausschlagung einer Erbschaft (Erklärung gegenüber dem Nachlassgericht nach § 1342), 3. einer letztwilligen Verfügung (Form wie zu 2. nach § 2081), 4. für die Anfechtung eines Erbvertrages (Gerichtl. oder notarielle Beurkundung nach den §§ 2281 f.). In dem Fall des § 1341 übt schon die Anfechtungsklage, nicht erst das Urteil die vernichtende Wirkung aus. Anders in den Fällen der Anfechtungsklage gegen den Erbschaftserwerb wegen Erbunwürdigkeit, § 2340 in Verbindung mit § 2342, 2, wo sich eine Klage auf konstitutives Urteil findet.

[2]) A. a. O., S. 58 f.

[3]) Neben den anspruchsverneinenden Einwendungen, die das Erloschensein des Klageanspruchs behaupten, stehen diejenigen, die das Nichtenstandensein desselben geltend machen.

auftretenden Einrede, darf doch auch die anspruchsvernichtende Einwendung, soweit sie ein Gegenrecht vorschützt, nur nach erfolgter gerichtlicher oder aussergerichtlicher Geltendmachung des letzteren vom Richter berücksichtigt werden.

3. a) Die auf Grund einer Einrede ergehende Entscheidung weist entweder den Kläger zur Zeit ab oder verurteilt den Beklagten unter einer ihm günstigen Modifikation.

Der Inhalt des infolge einer Anfechtungserklärung des Beklagten gefällten Urteils ist stets endgültige Abweisung des Klägers.

b) Durch das wegen Einrede abweisende Urteil wird rechtskräftig festgestellt, dass die „Befugnis zur klageweisen Geltendmachung des Rechts zur Zeit, d. h. solange nicht besteht, als der hemmende Umstand entgegensteht".[1])

Bei der wegen Anfechtung abweisenden Entscheidung ist res iudicata stets das Nichtbestehen des klägerischen Anspruchs.

c) Zu der Umkehrung der Beweislast, die durch Einführung eines rechtskräftigen, wegen Einrede abweisenden Urteils in einen neuen Prozess eintritt, findet sich bei der Anfechtung naturgemäss kein Analogon, da hier ein Erlöschen der Rechtskraft, wie es bei den Leistungsverweigerungsrechten möglich ist, ausgeschlossen erscheint.

d) Dagegen findet sowohl das wegen Einrede als auch das wegen Anfechtung abweisende rechtskräftige Urteil in einem weiteren Verfahren selbst bei Versäumnis des Beklagten von Amtswegen Berücksichtigung, wofern es nur überhaupt in den Prozessstoff kommt.

G. 1. Wie die Einredeausübung Hemmung des gegnerischen Anspruchs bewirkt, so ist Nichtigkeit des anfechtbaren Geschäfts, d. h. Vernichtung seiner Rechtswirkungen die Folge der Anfechtung; dabei bedarf es in keinem der beiden Fälle einer Willensaktion des Anspruchsberechtigten.

[1]) Hellwig a. a. O., S. 140 f.

Das Anfechtungsrecht stellt sich daher wie die Einrede als Recht des rechtlichen Könnens dar.

2. Die Anerkennung als subjektives Recht endlich wird heute dem Anfechtungsrecht von den meisten Schriftstellern ebensowenig versagt, wie der Einrede. Ebenso z. B. Zitelmann,[1]) Crome;[2]) a. M. Protokolle I,[3]) Geier.[4])

H. Das Ergebnis unsrer Vergleichung des Einredebegriffs mit dem Anfechtungsbegriff nach B. G. B. ist den Ausführungen dieses Paragraphen zufolge kein andres, als die schon sub D. vorgenommene Gegenüberstellung der beiden Gegenrechte.

Die Einrede ist demnach das anspruchshemmende, nur in die Zukunft wirkende, durch Ausübung nicht untergehende, daher noch nach derselben verzichtbare, die Anfechtung ist dagegen das rechtsvernichtende, mit rückwirkender und absoluter Kraft ausgestattete, durch Ausübung erlöschende, daher den Anfechtenden bindende Gegenrecht.

---

[1]) Internationales Privatrecht II, S. 34 ff.
[2]) A. a. O. S. 176 f.
[3]) S. 134.
[4]) A. a. O. S. 43 ff.